

L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES ET LA COUR DE CASSATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 5 Juin 1930, à 14 heures

PAR

JEAN BARB

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE

Suffragants : MM. DEMOGUE
NIBOYET.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE
49, BOULEVARD SAINT-MICHEL, 49.

1930

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES ET LA COUR DE CASSATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 5 Juin 1930, à 14 heures

PAR

JEAN BARB

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE

Suffragants : MM. DEMOGUE
NIBOYET.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE
49, BOULEVARD SAINT-MICHEL, 49

1930



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION : Position de la question	7
--	---

PREMIERE PARTIE

LES BASES DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION	19
1. <i>L'application des lois étrangères</i>	21
Les textes ou le droit civil	22
La jurisprudence ou le droit pérégrin.....	43
2. <i>La Cour de cassation</i>	59

DEUXIEME PARTIE

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION	91
1. <i>Description du système de la Cour de cassation</i>	93
L'application	93
L'interprétation	107
2. <i>La règle de la Cour de cassation dans l'application pratique</i>	121
3. <i>Les raisons matérielles qui expliquent la jurisprudence de la Cour de cassation</i>	130
Que la loi étrangère est un fait :	
Au point de vue de la procédure judiciaire	130
Au point de vue rationnel	136
Que la Cour de cassation ne juge qu'une partie des procès	146
4. <i>Les moyens techniques employés par la Cour de cassation pour conserver en fait sa liberté de décision</i>	151
L'application	151
L'interprétation	157
5. <i>Appréciation de la jurisprudence</i>	163

TROISIEME PARTIE

EN ÉLARGISSANT LE CADRE DE LA QUESTION	169
1. <i>La loi des territoires annexés et celle des colonies et protectorats</i>	170
Territoires annexés	170
Colonies et protectorats	178
2. <i>Jurisprudence étrangère</i>	197
3. <i>Le droit international privé</i>	204
AUTEURS CITÉS	213

INTRODUCTION

POSITION DE LA QUESTION

La question que nous allons étudier est un point de jurisprudence française, jurisprudence bien établie auprès de la Cour suprême mais très contestée par les auteurs. Elle se résume en une formule, à savoir : que la loi étrangère ne trouve pas de sanction devant la Cour de cassation.

Dans la réalité des faits, toutefois, les choses se présentent sous un aspect plus compliqué, et pour maîtriser les faits la technique juridique ressort à son procédé habituel — elle distingue. De la question de l'application des lois étrangères devant la Cour de cassation elle en a ainsi fait deux, celle de l'« application » et celle de l'« interprétation », qu'il nous faut exposer brièvement.

L'« application » est la question préalable, question plutôt abstraite. Elle suppose qu'il y a deux ordres de mesures suivant lesquels le point en litige peut être résolu, d'une part la loi française, d'autre part la loi étrangère, et avant de décider quoi que ce soit il faut évidemment faire un choix entre ces deux ordres de mesures et décider si l'on se réfèrera à la loi française ou à la loi étrangère. L'« application » est donc le choix de la loi, française ou étrangère, qu'on appliquera.

L'« interprétation » est question plus concrète. Elle suppose résolue la question d'« application », la question de la loi applicable, et, pour les besoins de l'étude qui nous occupe, résolue en faveur de la

loi étrangère. Cette loi étrangère, il faut maintenant l'examiner en détail, la ramener à la réalité, l'appliquer aux faits de la cause, autrement dit, interpréter la loi étrangère. L'« interprétation » est l'examen des dispositions intérieures, positives de la loi étrangère.

Et indiquons tout de suite la solution de la Cour de cassation. Alors qu'elle contrôle le fait de l'application et casse lorsque la loi étrangère a été appliquée à la place de la loi française ou la loi française à la place de la loi étrangère, elle se désintéresse du fait de l'interprétation et se refuse à intervenir lorsque la loi étrangère a été interprétée d'une façon erronée. Alors qu'elle casse lorsque les règles de la loi française, interdisant la preuve testimoniale, ont été appliquées à un contrat passé à l'étranger, à Londres en l'espèce (Benton c. Horeau, Cass. Civ. 24 août 1880, S. 1880.1.413), ou lorsque les règles de la loi étrangère, annulant l'institution contractuelle (telle la loi espagnole), ont été appliquées à l'immeuble situé en France (Antonelli c. Garcia de la Palmira, Cass. Civ. 2 avril 1884, Cl. 1885, 77) ; elle se refuse à intervenir lorsque, par interprétation de la loi étrangère, canadienne en l'espèce, un individu est déclaré sujet ennemi, alors que suivant cette loi étrangère, il se réclame de la nationalité canadienne, ce qui aurait fait échapper ses biens à la séquestration (Simón, Req. 19 mars 1918, S. 1918.19.1.83), ou lorsque la loi étrangère a été interprétée dans le sens de la nullité d'un mariage entre étrangers, bien qu'il soit allégué qu'elle en consacre la régularité (Dame Gottreich c. demoiselle Stiff et Kalvarisky, Req. 9 mai 1905, S. 1906.1.161).

Voilà le principe. L'« application » abstraite de la loi étrangère est contrôlée par la Cour de cassation, et les tribunaux inférieurs ne pourraient appliquer la loi étrangère à la place de la loi française ou la loi française à la place de la loi étrangère sans s'exposer à la cassation. Mais l'« interprétation », l'applica-

tion concrète de la loi étrangère, échappe à tout contrôle par la Cour de cassation ; dès que les juges de fond se sont référés à la loi étrangère, reconnue compétente, ils ont souverainement justifié leur décision, et l'interprétation qu'ils en donnent reste inattaquable devant la Cour de cassation, serait-elle erronée, capricieuse ou même sciemment fausse. Telle est du moins la conséquence logique du principe, bien que dans la pratique les choses se présentent quelque peu différemment.

C'est dans la pratique, en effet, qu'il nous faut examiner la question, et pour l'examiner dans la pratique, il nous faut dégager d'abord les bases, les fondements sur lesquels s'édifie la construction de la jurisprudence. Ces fondements, nous les étudierons dans les deux chapitres suivants ; pour le moment examinons les opinions des auteurs, opinions dont nous avons constaté plus haut l'hostilité à l'égard de la jurisprudence, mais qui d'une façon curieuse nous feront ressortir les bases sur lesquelles repose cette jurisprudence, ce qui justifiera leur mention à cette place.

Quant à l'« application », la jurisprudence de la Cour de cassation est unanimement approuvée par les auteurs, je n'en trouve pas un seul qui la critique. En cassant les décisions des juridictions inférieures qui ont appliqué la loi française à la place de la loi étrangère ou inversement, la Cour de cassation ne fait en somme que sanctionner les règles du conflit des lois, et les auteurs s'en réjouissent : « La jurisprudence de la Cour de cassation semble aujourd'hui d'accord avec l'enseignement qui précède » (De Vareilles-Sommières, t. II, p. 290). Plus que cela, la jurisprudence ne saurait pas faire assez bien dans cet ordre d'idées, et M. Pillet constate :

Dans le cas inverse, au contraire, et si le juge a appliqué la loi française au lieu de la loi étrangère qui était compétente, elle refusera de contrôler la décision du juge du fait et laissera

ce dernier statuer souverainement sur la loi qui devait être appliquée (Pillet, *Traité*, I, p. 142).

Je ne sais si la constatation de M. Pillet est bien heureuse. En tout cas, il existe bien plus d'arrêts ayant cassé parce que les juridictions inférieures ont appliqué la loi *française*, laquelle, suivant la Cour de cassation, n'était pas applicable, qu'il n'existe d'arrêts ayant cassé parce que les juridictions inférieures ont appliqué la loi étrangère ; de ces dernières, on est en peine d'en citer deux ou trois. Du reste, l'assertion de M. Pillet est déjà rectifiée par M. Rogery et réduite à des limites plus étroites :

La jurisprudence de la Cour de cassation ne semble favoriser ainsi l'intérêt français aux dépens du droit, que lorsqu'il y a une question pécuniaire en jeu (Rogery, p. 31).

Expliquons cette nuance, dans laquelle, peut-être, il y a quelque chose de bien observé. Dans l'affaire Bulkley (Cass. Civ. 28 février 1860, S. 1860.1.210), la Cour de cassation cassa la décision qui avait refusé à une Anglaise, divorcée en Hollande, le droit selon la loi anglaise de se remarier en France, où le divorce n'était pas encore rétabli ; la question était évidemment morale — on appliqua donc la loi étrangère. Dans l'affaire Forgo, par contre (que l'on cite toujours au sujet du renvoi, bien que je ne voie dans le renvoi, dont le système, de plus, n'était pas encore établi, qu'un moyen technique employé par la Cour de cassation pour étayer son arrêt), dans cette affaire Forgo, la Cour cassa l'arrêt qui avait appliqué la loi étrangère qui attribuait la succession aux collatéraux étrangers (Cass. Civ. 24 juin 1878, 1.429), et approuva l'arrêt qui appliqua la loi française, qui attribuait la succession au Trésor français (Req. 2 février 1882, S. 1882.1.393). L'intérêt était incontestablement pécuniaire.

Ceci pour l'application,

Si nous passons à l'« interprétation », nous

voyons que l'attitude bienveillante des auteurs à l'égard de la jurisprudence cesse. Pour suivre l'opinion de ces auteurs, il nous faut mentionner brièvement ici qu'à ce deuxième point de vue, de l'interprétation de la loi étrangère devant la Cour de cassation, il y a eu évolution de la jurisprudence. Cette évolution a été rapportée par M. Appert (Darras 1913, p. 339 et suiv.), elle se résume en peu de mots :

Dans une première période, qui occupe approximativement la première moitié du siècle passé (selon M. Appert jusqu'en 1861, date de l'arrêt Bulkley), la question ne se posait même pas. On ne distinguait pas entre l'« application » et l'« interprétation » ; lorsqu'une loi étrangère se présenta devant la Cour de cassation, celle-ci déclina tout simplement sa compétence et rejeta le pourvoi,

Dans une deuxième période, qui s'étend à peu près sur la deuxième moitié du siècle passé (il est difficile de tracer des limites fixes, les arrêts chevauchant les uns sur les autres), la Cour de cassation déclare qu'elle contrôle l'interprétation de la loi étrangère, à condition qu'il y ait eu violation expresse de la loi française, autrement dit, que l'application de la loi étrangère ait été commandée par un texte exprès de la loi française, tels les art. 47, 179 ou 909. Ce commandement du législateur français assimilerait la loi étrangère à une loi française. Les arrêts énonçant cette distinction sont en effet très nombreux :

Attendu que la Cour de cassation, instituée pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de la jurisprudence, n'a pas la mission de redresser la fausse application des législations étrangères ; — que les arrêts des Cours d'appel ne peuvent pas, par conséquent, être cassés pour violation d'une loi étrangère, à moins que cette violation ne devienne la source d'une contravention expresse à la loi française (Req. 23 février 1874, S. 1874.1.145).

Attendu que, si les arrêts des Cours d'appel ne peuvent

être cassés pour violation ou fausse application des lois étrangères ou d'actes faits par un souverain étranger en vertu de la puissance publique, cette règle n'est applicable qu'autant que cette violation ou cette fausse application ne deviennent pas la source d'une contravention expresse à la loi française (Cass. Civ. 18 juillet 1876, S.1876.1.451).

Pourtant, il y a très peu d'arrêts qui ont cassé pour fausse interprétation de la loi étrangère. De plus, comme l'a fait ressortir M. Colin (Cl. 1890, p. 406/794), si l'on cassait pour fausse interprétation, lorsque l'application de la loi étrangère était commandée par un texte de droit français, il n'y avait aucune raison de ne pas casser lorsque l'application de la loi étrangère était commandée par un principe non écrit du droit français. Or, il arrive bien rarement que la loi étrangère soit appliquée en France en dehors d'un principe du droit français ; la Cour de cassation aurait toujours dû casser. Et instinctivement, ayant pris peur, elle revint à sa jurisprudence antérieure.

Dans la troisième période, qui est la période actuelle, la Cour de cassation déclare ne jamais contrôler l'interprétation de la loi étrangère ; que la loi étrangère est un fait, constaté et interprété souverainement par les tribunaux inférieurs :

Mais attendu que la violation d'une loi étrangère dont l'interprétation ou l'application est une question de fait soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, échappe au contrôle de la Cour de cassation (Req. 26 décembre 1917, Cl. 1918.714).

Si nous regardons maintenant du côté des auteurs, nous constatons également une évolution. Les premiers auteurs (Aubry et Rau, t. I. § 31, p. 153 ; Foelix, t. I, p. 34 ; également Chénou, p. 156 ; von Bar, p. 140) enregistrent simplement la solution de la Cour de cassation. M. Laurent reconnaît sa légalité, mais déplore ses conséquences au point de vue du droit international privé : « Cette doctrine est stric-

tement légale, mais il en résulte une conséquence déplorable, c'est que les lois étrangères n'ont pas de force obligatoire en France, alors même que le législateur français déclare que le juge doit les appliquer. Car qu'est-ce qu'une loi que le juge peut impunément violer ? » (Laurent, t. II, p. 501).

Ensuite le vent tourne, les auteurs la critiquent avec des raisonnements variés. M. Demangeat opine que « Cette formule, à mon sens, n'est point satisfaisante » (Demangeat, Cl. 1874, p. 12 à 16). M. Ferraud-Giraud (en 1892), conseiller à la Cour de cassation, regarde la question du point de vue pratique. Il ne trouve pas d'inconvénient à ce que la constatation d'un fait, attesté par les juges du fond contrairement à la vérité, échappe au contrôle de la Cour de cassation,

Mais lorsqu'un jugement ou un arrêt auront appliqué fausement une loi étrangère en violant des textes qui sont sous les yeux de la Cour suprême, comme ils ont été sous ceux des juges du fond, ou en appliquant des dispositions abrogées ; lorsque l'erreur sera évidente, non contestée et résultera des productions faites ; que la Cour suprême soit contrainte de ne pas relever les textes qui sont sous ses yeux, de tenir comme vrai ce qu'elle constate être faux ; qu'elle soit forcée de consacrer une illégalité dont elle a conscience, cela me paraît plus que regrettable, car cela ne devrait pas être possible (Ferraud-Giraud, p. 257).

M. Colin relève des contradictions. Tout ce qui peut être demandé aux juridictions du fond est de se référer à la loi étrangère. « Du moment qu'elles s'y réfèrent, elles ont obéi : aucun pourvoi n'est recevable alors même que par ignorance ou erreur, elles auraient violé cette loi » — que cette jurisprudence « heurte l'équité et la raison. Il est clair que violer une loi ou ne pas l'appliquer, c'est en bon sens absolument la même chose ». De même M. Weiss, « Il y a quelque chose de plus choquant que de déférer à l'interprétation de la Cour de cassation fran-

çaise l'œuvre d'un législateur étranger ; c'est de déclarer applicables sur notre territoire les lois que ce dernier a faites, et de leur refuser les sanctions sans lesquelles elles ne sont qu'un vain mot » (Weiss, *Traité*, III, p. 197, *Manuel* p. 420). C'est explicable précisément de la part de M. Weiss, défenseur de la personnalité de la loi, laquelle, faite pour l'utilité de la personne, « ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite, mais ceux-là, elle doit, en principe, les régir en tous lieux et dans tous les rapports juridiques » (*Manuel*, p. 366), et pour qui ce texte étranger, « par cela seul que son application vient à être confiée à nos tribunaux, est en quelque sorte naturalisé français » (Weiss, *Traité* III, p. 197). Ces mêmes considérations motivent les critiques de M. Pillet (*Traité*, I, p. 141 et suiv., *Principes*, p. 83 à 89, et nombreuses notes au Sirey), M. Niboyet (Pillet-Niboyet, N° 357 à 364), M. Valéry (N° 435 à 440), M. Micard (p. 94) ; en Belgique, M. Albéric Rolin (t. I, N° 507 à 515), ou un auteur belge plus récent, M. Pouillet, qui déclare que le juge, en errant dans l'interprétation de la loi étrangère, « ne viole pas seulement la loi étrangère, mais il contrevient en même temps à la loi belge, qui lui prescrit d'appliquer non pas une loi étrangère quelconque, une loi supposée ou imaginée, mais la loi étrangère telle qu'elle est réellement en vigueur dans le pays étranger » (Pouillet, N° 339, p. 388).

D'autres, plus hardiment, s'attaquent à la Cour de cassation elle-même lorsqu'elle déclare que l'interprétation de la loi étrangère est un fait. M. Surville, « Nous avouons ne pas bien saisir le motif qu'elle partisans les plus ardents du conflit des lois, en invoque. Il nous paraîtrait logique de dire, dès que l'on reconnaît l'application possible en France d'une loi autre que la loi française, que celle-ci doit y conserver son véritable caractère de loi » (Surville, N° 28, p. 59). M. Flaischlen se demande « ... question de fait ? Nous avouons ne pas trop comprendre cette

thèse. L'application du droit, même étranger, est et reste toujours une question de droit, et la Cour de cassation doit soumettre à sa critique toute question de droit qui intéresse un citoyen » (Flaeschlen, *Revue* 1894, p. 292). Il faudrait d'abord avoir vu ce que la Cour de cassation entend par fait.

Arrêtons-nous un peu. Sous les divers arguments proposés réside une raison plus profonde, raison qu'il faut mettre en évidence puisqu'elle nous livre la clé de voûte de toute la question : c'est que la jurisprudence de la Cour de cassation ne cadre pas avec la théorie du conflit des lois. Réfléchissons un peu, supposons que le conflit des lois soit une chimère, que la loi étrangère ne soit jamais appliquée en France — et il n'y aurait plus à discuter davantage sur la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de lois étrangères. Et il convient de souligner ici qu'au début du siècle passé, au moment où les assises de notre système juridique furent élaborées, et même durant la première moitié de ce siècle, la théorie du conflit des lois n'avait pas de cours ; le mot de « conflit des lois » lui-même n'avait pas encore été créé ; et la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de lois étrangères ne donnait pas lieu à discussion. Or, il est significatif que dans la deuxième moitié du siècle passé, lorsque la théorie du conflit des lois fut introduite dans le droit international privé français, presque immédiatement et à mesure que cette théorie y prit la place prépondérante qu'elle y occupe actuellement, les critiques des auteurs se firent entendre, de plus en plus fortes, et précisément de la part des auteurs qui étaient les tuteurs de la part de M. Pillet, qui d'autre part avait construit son système célèbre du conflit entre les lois de garantie sociale et celles de protection individuelle.

Toutefois, il n'y a pas seulement des auteurs

qui critiquent la solution de la Cour de cassation, il y en a, et de récents, qui l'approuvent : M. Appert (Revue 1913, p. 338 et suiv.), M. Lerebours-Pigeonnière (N° 233 à 235), M. de Paepe (t. I, p. 230 et suiv.), MM. Asser et Rivier (p. 37 et suiv.), M. Brocher (t. I, p. 154). Leurs raisons aussi sont différentes :

1. Que la Cour de cassation n'a été instituée que pour assurer l'unité de la loi française (Faye, N° 103, Appert, p. 347). Elle n'est pas le vengeur de la loi étrangère (Réquisitoire de l'Avocat général Hello, S. 1843.1.309).

2. Qu'il est impossible d'affirmer la qualité de loi d'un texte si ce n'est un texte régulièrement promulgué et publié par l'autorité française (jurisprudence coloniale) ; et que la loi étrangère n'est pas publiée au Bulletin des lois (Conclusions de l'Avocat général Hello).

3. Qu'il est difficile pour la Cour de cassation d'examiner la loi étrangère, « il lui est interdit d'en lire de texte faute de posséder la langue dans laquelle il est rédigé » (Appert, p. 349) ; il en résulterait un surcroît de travail auquel les membres de la Cour ne pourraient pas suffire (Plaidoires, Cass. Civ. 1^{er} février 1813, S. 1813.1.113).

4. Qu'il y a danger d'arriver à une interprétation différente de celle admise à l'étranger. « Il s'agit d'un droit dont le siège principal et les interprètes naturels se trouvent à l'étranger. Il pourrait y avoir quelque chose de choquant à voir se fixer en France, par l'autorité de la Cour suprême, une interprétation contraire à celle qui serait consacrée dans le pays national » (Brocher, t. I, p. 154). La Cour risquerait de compromettre son prestige. « A nos yeux, la Cour de cassation a mille fois raison de penser qu'elle n'est pas instituée pour se compromettre en de pareilles aventures » (Appert, p. 350).

En passant en revue ces opinions, nous remarquons que ces auteurs, à la différence de ceux qui critiquent la solution de la Cour de cassation, regardent la question non point du côté de la loi étrangère, mais du côté de la Cour de cassation. Retenons que du côté de la Cour de cassation, la solution de la jurisprudence peut être justifiée. Les spécialistes de la procédure l'enregistrent même comme évidente (M. Crépon, t. II, N° 1929-1945 ; M. Faye, N° 104 ; M. Glasson, t. II, p. 176). La voix discordante, toutefois, ne manque pas, M. Despagne : « Toute la question est donc de savoir si la loi locale a nettement restreint la possibilité du pourvoi au seul cas où ses propres dispositions ont été méconnues. C'est que ne nous semble pas décider la loi française » (Despagne, p. 72).

Retenons néanmoins que deux grandes idées se dégagent de l'aperçu que nous venons de donner sur la manière dont notre problème se pose. La première, c'est que le système de la Cour de cassation repose sur la façon dont on comprend le conflit des lois, plus exactement sur la façon dont on justifie l'application en France des lois étrangères. La deuxième est que l'attitude de la Cour de cassation est commandée par les pouvoirs qu'en général on peut reconnaître à cette Cour, en particulier par le principe qu'elle ne connaît que du droit et non du fait.

Avant d'aborder l'étude détaillée des arrêts rendus en notre matière, il est donc nécessaire d'étudier spécialement ces deux points, qui seuls nous permettront de comprendre la jurisprudence. Ce sera l'objet de notre Première partie.

Nous pourrions ensuite, entrant dans le détail, étudier dans une Seconde partie, la jurisprudence de la Cour de cassation à l'égard des lois étrangères ;

nous y préciserons son système, la distinction entre l'application et l'interprétation de ces lois. Nous y verrons d'ailleurs que le système est loin d'être aussi net qu'il paraît au premier abord. Dans la réalité des choses, et nous l'aurons déjà pressenti par l'étude de notre Première partie, la Cour de cassation conserve une grande liberté d'action, qui lui permet en fait d'intervenir ou ne pas intervenir selon les circonstances de la cause.

Ces conclusions se trouveront d'ailleurs confirmées lorsque nous rapprocherons (et ce sera l'objet d'une Troisième partie) la jurisprudence concernant les lois étrangères, des jurisprudences voisines concernant les lois des pays annexés ou les lois en vigueur dans les colonies.

Nous terminerons en examinant la jurisprudence étrangère, et, poussant plus loin le cercle de notre étude, nous passerons au droit international privé.

PREMIERE PARTIE

LES BASES DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

Ainsi que nous venons de le dire, ces bases se trouvent dans l'étude de deux questions : 1° quel est le fondement de l'application des lois étrangères en France ; 2° quel est le rôle que doit jouer et joue la Cour de cassation.

Ces questions, du reste, se trouvent déjà indiquées dans le titre de notre livre ; ce sont, d'une part l'application des lois étrangères, et d'autre part, la Cour de cassation ; c'est ainsi que nous appellerons les deux chapitres dans lesquels nous les étudierons.

I. L'APPLICATION DES LOIS ETRANGERES

Certes, les lois étrangères ne cessent d'être invoquées devant nos juges, et il serait difficile d'en nier l'application en France. Cette application toutefois, il nous faut l'examiner.

Délimitons le sujet. Ce n'est pas la question technique, celle de l'application matérielle des lois étrangères que nous étudierons dans ce chapitre (cette question, du reste, sera examinée à une autre place), non, c'est la question abstraite, celle du caractère de cette application, du fondement de cette application au regard de la loi française, c'est l'examen de la place qu'occupent les lois étrangères dans le système de la loi française. En réalité, ce n'est autre chose que le conflit des lois, mais non pas les théories abstraites du droit international privé, c'est le conflit des lois, concret, le conflit tel qu'il se présente parmi nous, et qui est précisément l'application des lois étrangères en France, ainsi que nous avons appelé ce chapitre.

L'intérêt de la question est évident, c'est la matière première sur laquelle travaille la jurisprudence. Nous ne saurions guère comprendre la jurisprudence de la Cour de cassation sans connaître l'objet auquel elle s'applique. Mais en même temps, nous entrons déjà dans notre sujet. L'un des procédés techniques de la Cour de cassation était autrefois de casser pour violation de la loi étrangère lorsque l'application de celle-ci était ordonnée par un texte de droit français ; et, en effet, si vraiment la loi française ordonne l'application de la loi étrangère, si elle substitue la dé-

cision de celle-ci à la sienne propre, cette loi gardera incontestablement le caractère de loi, elle sera une loi « naturalisée », faisant partie de notre système juridique, et sa méconnaissance entraînera cassation, aux termes même des textes qui régissent la Cour suprême et très certainement selon l'esprit qui l'anime. A cela il sera répondu implicitement.

Nous examinerons donc d'abord les textes, que nous rapprocherons du droit civil romain, et ensuite la jurisprudence, notre droit pérégrin.

I. — Les textes ou le droit civil.

Il existe, semble-t-il, un certain nombre de textes qui prescrivent l'application de la loi étrangère. Leur liste est du reste assez courte, et toujours citée de la même façon : art. 17, 19, 47, 170, 999, anciens art. 726 et 912, Code Civil, art. 5 Code instr. crim. (parfois on ajoute l'art. 7 qui n'a rien à voir avec les lois étrangères), art. 29 de la loi du 5 juillet 1844, si l'on veut art. 11 et 3, Code Civil ; d'habitude les auteurs ajoutent « et diverses lois spéciales » que cependant ils n'énumèrent pas.

Examinons-les les uns après les autres. Art. 17 et 19 Code civil (ce dernier modifié à présent) ont trait à la nationalité. Ils énumèrent les faits auxquels est rattachée la perte de la qualité de français ; aucun toutefois ne nomme les lois étrangères. L'art. 19 dispose qu' « Une femme française qui épousera un étranger, suivra la condition de son mari ». Il s'agit du mariage de la Française, considéré comme fait matériel ; et le Code décide que ce mariage lui fera perdre la qualité de Française. Les lois étrangères restent complètement étrangères à cette disposition ; si bien que la loi du 26 juin 1889 a dû ajouter la restriction que la Française ne perdra pas sa nationalité qu' « autant que son mariage lui confère celle

de son mari ». Quant à l'art. 17, il décide que « La qualité de Français se perdra, 1° par la naturalisation acquise en pays étranger » (suite sans intérêt). Cette naturalisation, évidemment, sera régie par la loi étrangère. Mais est-ce à la loi étrangère que la loi française abandonne sa décision ? D'aucune façon. Cette naturalisation à l'étranger est considérée comme simple fait matériel, et elle n'entraînera la perte de la qualité de Français que lorsqu'elle correspond aux idées que la *loi française* se fait de la naturalisation. Ce que décide la loi étrangère reste assez indifférent. Témoin la jurisprudence quant aux naturalisations dans les Dominions anglais. Cette naturalisation, qui confère la protection de sa Majesté britannique partout excepté dans le pays d'origine du naturalisé (ce qui s'explique aisément par le caractère des Anglais, peu enclins à s'immiscer sans profit dans l'exercice d'une souveraineté étrangère), n'est pas considérée comme naturalisation par les tribunaux français. Lisons d'autre part l'ancienne fin de l'art. 17, § 1^{er} : La qualité de Français se perdra « par tout établissement fait en pays étranger, sans esprit de retour ». Supposons que le souverain étranger n'accorde pas de naturalisation formelle : la loi française refusera néanmoins la qualité de Français à l'individu qu'elle considérera devenu étranger.

Passons aux articles 47, 170 et 999, Code civil. Ces articles bien connus, s'ils ne la consacrent, sont certainement inspirés par l'ancienne règle « *locus regit actum* », qui remonte à une époque où l'on ne raisonnait guère encore par le conflit de lois mais plutôt par la condition des étrangers. Ils disposent :

Art. 47 : Tout acte d'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays.

Art. 170 : Le mariage contracté en pays étranger entre

Français, et entre Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays (suite sans intérêt).

Art. 999 : Un Français qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art. 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.

En la forme, relevons que la loi étrangère n'est pas nommée ; on parle des « formes usitées dans le pays ». Au fond, et c'est là le point essentiel, nous remarquons que ces articles ne concernent que des *actes solennels*, exigeant en France l'intervention d'un officier public. Le but de ces articles est simplement d'en accorder la faculté aux Français qui se sont aventurés à l'étranger. Car reconnaissons, si la faculté de procéder à ces actes nous semble naturelle, nécessaire même, elle ne s'impose nullement à la logique juridique. La loi française ne protège que les enfants restés au foyer ; ceux qui se sont hasardés à l'étranger, là où elle devient impuissante, n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes et à en accepter les risques. Certes, la loi étrangère disposera quelque chose à l'égard de ces actes ; et si elle n'y dispose rien, il n'y a tout simplement rien à faire, pas plus les Français que les indigènes ne pourront y procéder. Certes encore, ce que dispose la loi étrangère sera pris en considération, à titre de fait, pour voir ce qui a été fait à l'étranger ; en droit, toutefois, la loi étrangère ne décidera rien, et c'est uniquement la loi française qui, selon ses propres vues, décidera si l'acte passé à l'étranger constitue un acte d'état civil, un mariage ou un testament authentique, tels que ces actes sont conçus par la loi française.

Citons quelques exemples. Pour les actes d'état civil, la qualité d'acte de mariage a été refusée à la promesse de mariage transcrite en 1747 sur les registres de l'Hôpital à Londres, qui selon les attesta-

tions du pasteur en charge de l'église protestante dite de l'Hôpital de Londres et d'un jurisconsulte anglais, établissait bien la preuve du mariage (Camroux, Civ. 7 février 1860, S. 1860.1.529).

En ce qui concerne l'art. 170, c'est la jurisprudence bien connue concernant les mariages contractés en Ecosse et dans certains pays de l'Amérique du Nord, où le mariage n'est qu'un simple contrat consensuel dont la preuve résulte de la cohabitation et de la renommée. Parfois de pareils mariages sont admis (De Valmy c. Ridgway, Req. 13 janvier 1857, S. 1857.1.81), mais la jurisprudence a bien du mal à en étendre la faculté aux Français, et sans contrevenir à l'art. 170, elle décide que si le consentement et la cohabitation constituent le mariage, elle garde néanmoins le droit souverain d'apprécier ces consentement et cohabitation, et dans son opinion un consentement et une cohabitation constituent bien rarement un mariage (Bousquet c. Dasque, Req. 20 décembre 1841, S. 1841.1.321) ; voyez de même un arrêt récent, aff. Lebaudy, Paris 20 novembre 1928, Dall. Rec. Hebd. 1929, 24. On se saurait qu'approuver cette solution ; si pareil mariage convient aux puritains anglo-saxons, il ne saurait, sans danger, être étendu à des personnes d'une mentalité différente.

La dissolution d'un mariage français à l'étranger est du reste appréciée de la même façon (Champeaux-Grammont, Cass. Civ. 13 août 1816, S. 1816.1.343). On sait qu'en Russie le mariage constituait un acte religieux : *quod Deus conjunxit homo non separet*, donc point de divorce pour les catholiques. Mais si le mot n'existait pas, la chose existait bien, ou annulait tout simplement le mariage, et le prétexte le plus commode était la violence. Nous relevons dans les plaidoiries ce détail savoureux au sujet de la Pologne : « Le divorce a lieu en Pologne ;

la preuve c'est qu'on y dissout tous les mariages formés par contrainte ; et comme apparemment on n'est pas difficile sur la preuve de cette contrainte, beaucoup de gens, avant de se marier, font des protestations qu'ils ne contractent que dans l'impossibilité de résister à la violence ». Or, pareille annulation, prononcée très régulièrement par le Consistoire de Mohilew et confirmée par le Dicastère de St. Pétersbourg, fut jugée ne pas constituer un divorce au sens de la loi française ; et le jugement d'annulation en Russie « ne formant aucun obstacle à ce que la question fût de nouveau agitée et jugée en France, conformément à l'article 121 de l'ordonnance de 1629 », le mariage fut déclaré subsister, entraînant ainsi la nullité d'un mariage subséquent avec toutes ses conséquences.

Pour les testaments, citons l'arrêt Valtriny (Req. 2 août 1897, S. 1900.1.283). On sait qu'en Angleterre, il n'existe point de notaires, donc point d'actes authentiques. Mais il existe autre chose, les actes scellés, auxquels le « seäl » et certaines paroles prononcées par le disposant au moment de l'acte, confèrent une valeur absolue, abstraite, indépendante de toute cause. Pareil acte ne fut pas considéré comme testament authentique, pouvant contenir une reconnaissance d'enfant naturel (1).

(1) Nous reconnaissons toutefois que l'argument de la Cour de Paris (26 février 1896, S.98 2.238), adopté par la Cour de cassation, était différent. Tout en se référant au Wills Act de 1837 dont les termes avaient été respectés comme le constate la Cour, elle invoqua l'opinion de certains jurisconsultes anglais exigeant que l'acte contienne, outre la signature des témoins, la mention expresse de leur présence au moment de la déclaration du testateur. En d'autres occurrences, la jurisprudence n'est pas aussi respectueuse de l'opinion des jurisconsultes. Mais l'ordre public était difficile à invoquer pour la forme d'un acte passé à l'étranger, et il fallait motiver la solution. Ce que les juges français ne pouvaient concevoir, c'est la force magique de la déclaration et du sceau, conférant à cet acte privé, passé en présence de deux témoins privés, l'autorité absolue d'un acte authentique.

Résumons : l'unique but des trois articles en question est de permettre aux Français à l'étranger l'accomplissement de certains actes solennels. La loi française se réfère à la loi étrangère pour que celle-ci en fournisse le moyen matériel, « les formes usitées dans le lieu », mais ces formes sont souverainement appréciées par la loi française, et si elles ne répondent aux exigences de celle-ci, il y a tout simplement aucun moyen de procéder à ces actes. Un dattier planté par un chef arabe à la naissance de son fils, ne saurait guère servir à ce dernier comme acte de naissance, bien qu'il n'y en ait pas d'autre. Ou citons un arrêt, Bouly de Lesdain c. Mabel Bailey, Paris 24 avril 1926, Cl. 1927, 429. Un explorateur français, au cours d'un voyage dans les déserts de Mongolie et du Thibet, épousa une jeune fille américaine qui faisait partie de son expédition. Comme il n'y avait pas moyen d'atteindre un consul français, il fit bénir son union par deux prêtres missionnaires belges. Après quelques années, le mari, ayant abandonné sa femme, lui opposa la nullité du mariage, la bénédiction nuptiale par deux prêtres catholiques n'étant pas les formes usitées dans le pays. Le mariage fut déclaré nul. Il est vrai qu'on n'avait même pas allégué que le mariage avait été célébré suivant les formes usitées dans le pays : mais eût-il été possible de recourir à ces formes ? Il paraît qu'au Thibet les femmes ont plusieurs maris, ce qui n'est pas considéré comme mariage par la loi française. Comme il n'y avait pas de mariage, il n'y avait pas moyen d'y procéder. Ajoutons, pour la justice, que le mariage en question fut déclaré putatif à l'égard de la femme.

Passons aux anciens articles 726 et 912 :

Art. 726 : Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le terri-

toire du royaume, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'art. 11, au titre de la *Jouissance et de la Privation des Droits civils*.

Art 912 : On ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français.

Nous n'avons point besoin de relever que ces deux articles ne sont pas la consécration de l'ancienne jurisprudence, nous voyons déjà qu'ils ne constituent qu'une application expresse et restrictive de l'art. 11 :

Art. 11 : L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra.

Cet article, dont l'interprétation resté toujours contestée, consacre la réciprocité diplomatique et non la réciprocité législative. Il concerne l'application des traités et non celle des lois étrangères. Nous ne nous y arrêterons donc pas ici.

Art. 5, Code inst. crim. : Tout Français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France. — Tout Français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France, si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis (suite sans intérêt).

La matière est du droit pénal, du droit public par suite. Le premier alinéa décide que le crime du Français sera toujours puni, n'importe où qu'il ait été commis ; le deuxième alinéa, celui qui nous intéresse, dispose que les délits du Français ne seront punis en France qu'à la condition qu'ils le soient dans le pays où ils ont été commis. Remarquons bien, la décision sur la qualification du fait constituant le délit et sur la peine applicable reste toujours réservée à la loi française. Ce qu'a voulu ce deuxième ali-

néa, c'est éviter que la situation des Français à l'étranger ne soit pas moins avantageuse que celle des habitants du pays. Cet article décide donc une question de condition des Français à l'étranger, ce dont la loi française n'a aucun moyen, et pour y arriver il adopte la loi publique étrangère, laquelle, d'habitude, est repoussée comme à dessein par les tribunaux français. C'est d'ailleurs le seul article qui nomme la « législation » étrangère et dont on puisse réellement dire qu'il se réfère à la loi étrangère, non point pour en assurer l'application, mais pour arriver à une fin pratique.

L'art. 29 de la loi du 5 juillet 1844 dispose :

L'auteur d'une invention ou découverte déjà brevetée à l'étranger pourra obtenir un brevet en France ; mais la durée de ce brevet ne pourra excéder celle des brevets antérieurement pris à l'étranger.

La matière se rapproche du droit public. D'ailleurs, est-ce bien une application des lois étrangères ? La loi française prend pour base de sa décision le fait de l'expiration du brevet à l'étranger. Elle ne veut pas qu'une invention, promulguée à l'étranger avant d'être brevetée en France, puisse rester sous le régime du monopole en France, alors qu'elle ne l'est plus à l'étranger. Ce fait de l'expiration du brevet à l'étranger résulte de la concession du gouvernement étranger, qui évidemment est accordée en vertu de la loi étrangère. Si l'on veut y voir une application de la loi étrangère, à votre gré. Cette expiration du brevet à l'étranger est d'ailleurs fait tellement précis, qu'elle n'a pas donné lieu à jurisprudence ; mais ce qui a donné lieu à de nombreuses difficultés, c'est de savoir si l'acte concédé par le gouvernement étranger constitue, oui ou non, un brevet dans le sens de la loi française (Paterson et Bats c. Sainte-Marie Dupré, *Rej. Civ.* 28 juin 1881, *S.* 1881.1.409).

De tous ces textes, on ne saurait guère dire qu'ils adoptent la loi étrangère. Fait plus significatif encore, ce ne sont guère ces textes qui ont motivé le plus souvent la cassation pour violation de la loi étrangère ; l'article le plus souvent invoqué est bien l'art. 1134 (laissons pour le moment l'art. 3 que nous retrouverons tout à l'heure), portant que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Il est puéril de raisonner sur le mot « loi » comme M. Pillet l'impute à la Cour de cassation (Traité, I, p. 148), l'article signifie simplement que les conventions sont obligatoires. D'ailleurs, une des cassations les plus retentissantes pour violation de la loi étrangère (Wyse, Cass. Civ. 18 juillet 1876, S. 1876.1.451), a été calquée sur l'art. 1128 : « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions ». Cela n'a pas beaucoup de rapports avec les lois étrangères, et avec la « loi » tout simplement non plus.

Passons à l'art. 3, qui nous fera encore mieux connaître l'esprit du Code.

Art. 3, § 3 : Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.

On sait que cet alinéa est interprété, *a contrario*, comme soumettant l'état et la capacité des étrangers à leur loi nationale, et tel est également le raisonnement de la jurisprudence, malgré sa tendance d'écarter la loi étrangère au nom de l'ordre public. Mais, à vrai dire, cet article ne décide rien quant à l'état et la capacité des étrangers. Et si nous nous rappelons que l'art. 4 du projet de l'an VIII portait :

La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire ; l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède et pour sa personne pendant sa résidence.

si nous nous rappelons que cet article a été remanié en notre art. 3, disposant § 1^{er} : Les lois de police et

de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ; § 2 : les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ; mais ne décidant rien, dans son dernier alinéa, quant à la personne des étrangers, nous devons reconnaître que le Code ne décide *intentionnellement* rien quant à l'état et la capacité des étrangers. Le fait est d'ailleurs reconnu par quelques auteurs :

Du reste comme c'est à dessein, et dans la crainte de poser une règle qui eût pu compromettre des intérêts français dignes de protection, que les rédacteurs du Code civil se sont abstenus de prescrire formellement l'application des lois étrangères dans les contestations relatives à l'état et la capacité des étrangers, (les décisions par lesquelles les tribunaux français se seraient, sans motifs suffisants, refusé à les appliquer dans des espèces où ils auraient dû le faire, ne sauraient être envisagées comme contrevenant, par cela seul, à la loi française, ni par suite encourir la censure de la Cour de cassation). (Aubry et Rau, t. I, § 31, p. 153).

A mon avis, les tribunaux ne sont tenus d'appliquer le statut étranger que lorsqu'il est consacré par une loi ou par un traité, au moins en ce sens que c'est seulement dans ce cas qu'il y a ouverture à cassation, pour violation de la loi étrangère. (Laurent, t. II, ° 281, p. 514).

Donc, puisque le Code ne décide rien quant à l'état et la capacité des étrangers, les tribunaux ont-ils la faculté d'appliquer arbitrairement soit la loi française, soit la loi étrangère ? Tel paraît bien être le sentiment de l'annotateur de l'arrêt belge du 9 mars 1882 (S.1882.4.17). Cette thèse a même provoqué de vives protestations :

L'application des lois étrangères est-elle donc toujours purement facultative pour nos tribunaux, en sorte que la Cour de cassation n'aurait jamais qu'à rejeter les pourvois fondés sur la violation du statut personnel d'un étranger ? M. Feelix admet, en principe, l'affirmative (ci-dessus, p. 34). Mais nous croyons qu'il y a à cet égard une confusion dans son esprit : il a étendu au juge une liberté qui ne peut exister que pour le législateur. (Demangeat, sous Feelix, t. I, p. 220).

Dans une société où le juge ne fait pas la loi, il ne saurait dépendre de son caprice de se référer ou de ne pas se référer à la législation étrangère (Colin, Cl. 1890, 795).

Et M. Despagne d'indiquer le remède :

De ce qui vient d'être dit découle cette conclusion que les traités doivent se multiplier le plus possible, en assurant l'application obligatoire pour le juge de la loi étrangère (Despagne, p. 71).

Rassurons-nous, la loi applicable n'est pas choisie arbitrairement. Tout au contraire, affirmons qu'en principe, la loi française n'est *jamais* applicable aux étrangers. Écoutons un praticien, magistrat à la Cour de cassation belge :

Il n'est pas dans l'intention du législateur de leur (aux étrangers) appliquer en France et en Belgique les dispositions du Code civil relatives à l'état et à la capacité des personnes. Quand le juge les leur applique, il les étend au delà de la sphère où elles sont applicables, il les applique fausement, il y contrevient. Et cette contravention au Code civil fait tomber sa décision sous la censure de la Cour de cassation. Mais le juge se conforme au Code civil par cela seul qu'il ne l'a pas appliqué au statut personnel de l'étranger (Polydore de Paeppe, t. I, p. 231).

Tel est très certainement l'esprit de la jurisprudence, conforme d'ailleurs à celui du Code. La loi française est « une règle domestique, applicable aux enfants de la maison », qui ne saurait être étendue aux étrangers. Eh bien, dira-t-on, entendu, on ne leur appliquera pas la loi française, mais puisqu'on ne leur applique pas la loi française, on leur appliquera tout simplement la loi étrangère « à l'empire de laquelle ils restent soumis », et le raisonnement *a contrario* rapporté ci-dessus reste parfait. Toutefois, ce n'est pas cela que décide le Code. Ce que, par son silence même, décide le Code, c'est qu'on ne leur appliquera aucune loi du tout.

Le juge français ne saurait néanmoins se désintéresser de la condition des étrangers sur le territoire

national. Ceux-ci ne seraient assujettis à aucune loi, tandis que les Français, enfants de la maison, s'en trouvent entourés de tous côtés ? Certes, la loi française, patrimoine national, ne saurait être prodigué aux étrangers, mais on leur infligera une loi, et quoi de plus naturel que de les soumettre à la leur ? C'est bien la règle appropriée aux êtres inaptes à participer à la raison de la loi française. Mais tout en les laissant soumis aux dispositions de leur loi étrangère, on ne leur appliquera jamais le bénéfice de cette loi, et toutes les fois que celle-ci leur accorde un avantage ou une faculté refusés aux Français par leur loi nationale, c'est cette loi française qui leur sera appliquée, si l'on veut ainsi dire, mais uniquement pour écarter la faveur concédée par la loi étrangère. Et les tribunaux d'invoquer l'ordre public : car on ne saurait rendre plus avantageuse la situation des étrangers que celle des Français. N'objectez pas la jurisprudence relative à la capacité des étrangers. Tout d'abord celle-ci écarta la loi étrangère s'il devait en résulter un dommage pour un Français. (Lizardi, Req. 16 janvier 1861, S. 1861.1.305), le passage d'Aubry et Rau cité plus haut en porte d'ailleurs la trace, mais à l'heure actuelle, elle décide plutôt en sens contraire, soumettant la capacité de l'étranger à sa loi nationale, même si des intérêts français s'en trouvent lésés (Guilois c. de Pateck, Req. 29 décembre 1896, Cl. 1897, 555) — sous réserve, bien entendu, de la fraude de l'incapable, réprimée de même en pur droit civil. Observons simplement que l'incapacité est une faveur à double face, avantage et restriction, protection et déchéance. Si l'étranger en tire des avantages, il en tire plus encore d'inconvénients. Et la justice rougit un peu à raisonner par avantage de Français et d'étranger. Mais ce qu'elle se reconnaît à décider, c'est la condition des étrangers, et que la loi française n'est pas leur propriété.

Il est donc abusif de raisonner *a contrario* et

déclarer que l'art. 3 applique la loi étrangère à l'état et à la capacité des étrangers en France. Ce que décide cet article, c'est que la loi française ne leur sera point appliquée ; cette loi française, je dirais presque comme chose matérielle, s'identifiant avec le Code, est la propriété exclusive des Français, elle ne régit que la personne des Français et les choses françaises, un peu à la manière du droit civil des Romains. Les *res mancipi* ressortent du même article : les immeubles français, régis par la loi française, même ceux possédés par des étrangers.

Les Romains ne connaissaient guère les notions abstraites (Cuq, t. I, p. 133), ils en faisaient des choses concrètes, tangibles, capables de servir la vie pratique ; leurs servitudes prédiales étaient choses corporelles (Cuq, t. I, p. 92). Ils ne connaissaient d'ailleurs non plus le conflit des lois, mais ce qu'ils connaissaient mieux que nous, c'est la condition des étrangers. Et la conception romaine du droit civil va nous aider à pénétrer l'esprit de l'énigmatique art. 11. Qu'elle était bien devant les yeux des rédacteurs du Code, est suffisamment prouvé par les paroles du tribun Siméon :

Ce qui caractérise essentiellement le droit civil, c'est d'être propre et particulier à un peuple et de ne point se communiquer aux autres nations... Au contraire, les effets du droit naturel se communiquent partout à l'étranger comme au citoyen. Pour en jouir, il n'est pas nécessaire d'être membre d'une certaine nation plutôt que d'une autre ; il suffit d'être homme... En un mot, le droit civil proprement dit est celui de chaque cité ou de chaque nation ; le droit civil général est celui de tous les hommes (Locré, Législation civile, t. II, p. 243 et suiv.).

Si donc l'art. 11 dispose que « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra », ce n'est pas du droit civil tel que nous l'entendons au-

jourd'hui qu'il s'agit, prérogatives subjectives du droit privé par opposition au droit public ; ce droit public, jusque dans son mot, n'existait guère à l'époque où tout, état et gouvernement, reposait sur la convention du contrat social. Les droits civils de l'art. 3 ne sont tout simplement que le droit français, le droit national, le droit contenu dans le Code civil ; et loin d'être la charge dont on releverait les étrangers en certains cas par courtoisie internationale, ce droit, le plus parfait et seul raisonnable, ne constitue au contraire qu'une précieuse faveur, nullement acquise aux étrangers, mais qu'un traité, décide le Code, pourra leur accorder. Remarquons bien, cet article, dans sa structure, ne refuse rien aux étrangers. Il ne dit pas qu'ils jouiront des droits civils *pourvu* qu'il y ait un traité. Il dit tout simplement qu'en cas de traité ils jouiront des droits civils, que les droits qui leur seront accordés expressément, leur seront garantis. Mais il ne dit nullement qu'en l'absence d'un traité, ces droits leur seront défendus. Retenons surtout que ces droits dont parle l'art. 11 ne sont pas tant des droits subjectifs, des facultés accordés aux étrangers ; c'est la législation applicable. Et la législation applicable aux étrangers est le droit des gens, qui précisément ne constitue pas une législation : car qui trouverait la règle unique applicable aux diverses espèces d'étrangers ? Le droit des gens n'est qu'un état de fait, et s'il accorde certaines facultés aux étrangers, que celles-ci se rapprochent ou écartent de la loi française, qu'importe à la loi civile ! Le droit civil *ignore* le droit des gens. Pour ce qui est des facultés accordées aux étrangers, c'est des mesures d'opportunité, abandonnées à l'appréciation du gouvernement, et dont la loi du Code se désintéresse. L'art. 11, en tout cas, n'en décide certes pas, ni n'accordant ni ne leur refusant aucune. Car si le Code veut leur refuser une

chose, il a recours à des termes exprès, tels les art. 726 et 912.

Et pourtant, il y a eu des interprètes, soutenant que cet art. 11 oblige les juges à rechercher si dans le pays de l'étranger les mêmes prérogatives sont accordées aux Français que celles que l'étranger réclame en France ; et qu'ainsi cette loi étrangère serait appliquée en France ! C'est s'attacher aux termes « mêmes droits » bien au delà de ce qu'ils permettent ; n'est-ce là plutôt une injonction qu'adresse le Code aux gouvernants, et qu'il met d'autant plus en évidence qu'il se sent dépasser la sphère de son action, de négocier les traités avec soin, pour qu'ils accordent autant d'avantages aux Français qu'aux étrangers ? De plus, pratiquement, est-il possible que les traités de l'art. 11 accordent les *mêmes* droits civils aux Français et aux étrangers ? Ces droits civils de l'art. 11 ne sont pas la législation étrangère qui serait appliquée aux étrangers en France ni des facultés que celle-ci leur reconnaîtrait dans leur pays, c'est la jouissance de la loi française, de la loi des personnes et choses françaises, qui leur est accordée, et comment la loi étrangère accorderait-elle aux Français la jouissance de la loi française, comment leur donnerait-elle une chose qu'elle n'a pas ? Ne citons que l'exemple de l'hypothèque légale de la femme mariée. Malgré le traité franco-suisse de 1869, on arrive bien rarement à accorder à la femme suisse cette hypothèque en France, précisément parce que les institutions existant dans les divers cantons de la Suisse, quoique se rapprochant assez de l'hypothèque légale française, ne constituent justement pas la même chose. Et si dans l'un ou l'autre canton on veut retrouver une institution analogue, en vertu de laquelle on reconnaîtra aux Suissesses de ce canton l'hypothèque légale en France, c'est qu'on y met de la bonne volonté. Mais n'allons pas si loin, prenons les droits les plus universels : le mariage, là

il constitue un acte religieux, ici un contrat civil ; et que la législation soit identique, pour si peu que la mentalité des époux soit différente, cet acte ne sera plus le même. Et prenons le droit le plus universel, fondement de tous les autres, la propriété. Pour la propriété foncière, la chose est par trop évidente, mais même la propriété de la chose mobilière la plus banale, pour si peu que la conception des possesseurs soit différente, elle n'est plus la même. Et si cette conception est déjà assez diverse au sein de la même nation, elle n'est jamais la même parmi les nations différentes. Où donc trouver les mêmes droits ? Ce que dit tout simplement l'art. 11, c'est que les traités sont obligatoires, ou pour préciser, que la loi civile permet qu'elle soit étendue aux étrangers par un traité, et que ce traité sera obligatoire.

Mais si nous faisons abstraction de ce dernier texte qui, nous venons de le voir, décide que la loi civile pourra être étendue aux étrangers, si nous regardons les autres textes du Code, nous voyons qu'ils ne s'occupent que des *Français* ; ceux-ci, pas de doute, ils sont régis par la loi française. Il n'y a que certains actes à l'étranger, un mariage à l'étranger par exemple, qui, choses pérégrines, restent en dehors du domaine de la loi civile, mais qui néanmoins peuvent concerner un Français ; alors la loi civile se décide à naturaliser ces actes, pourvu qu'ils soient assimilables, qu'ils ne diffèrent pas trop des actes tels que les conçoit la loi française, pourvu que les « conditions de fond » soient observées. La loi étrangère interviendra, comme élément de fait, pour établir l'existence matérielle de l'acte, mais c'est toujours l'acte qui sera naturalisé et jamais la loi étrangère. Remarquons que dans les rares occasions où la loi française se réfère à la loi étrangère, que d'habitude elle ignore presque intentionnellement, c'est à cause d'un but qu'elle poursuit, dans l'espèce, permettre un acte solennel là où les solennités de la

loi française font défaut, et si, à défaut d'autre moyen, elle a recours à la loi étrangère, elle la prendra toujours « dans sa réalité extérieure », suivant l'expression de M. Lerebours-Pigeonnière (p. 235). D'ailleurs, cette loi étrangère est utilisée par les tribunaux à des fins diverses ; tantôt pour établir l'existence matérielle de l'acte passé à l'étranger, lorsque les juges veulent l'admettre ; tantôt pour qualifier l'acte et décider que l'esprit de la loi étrangère empêche d'y voir l'acte prévu par la loi française, lorsque les juges veulent l'écarter.

Quant aux étrangers, la loi civile ne s'en occupe pas. Et pour raison : Cette loi, soit révélation de la divinité, soit expression de la raison parfaite, n'en reste pas moins une décision arbitraire, nécessaire entre parties égales, mais inutile à l'égard des étrangers ; car l'étranger n'est pas un égal. Et le génie romain, en la formule d'airain des XII Tables, en tire la conséquence : *adversus hostes aeterna auctoritas*. Ce n'est pas à la loi, c'est au gouvernement qu'il appartient de décider de leur sort. Et en effet, ce n'est pas le Code qui décide des droits qu'il convient d'accorder aux étrangers, c'est surtout des décrets qui s'en occupent, oui, quelques lois aussi, mais n'oublions pas que nos lois sont devenues l'instrument de l'action politique, ce qui leur fait perdre leur caractère de loi, telle que la concevait l'ancien droit romain, de disposition divine et immuable, n'applicable qu'aux citoyens égaux en droits, pour en faire un moyen d'action. Mais toutes ces lois et décrets ne traitent de la question qu'incidemment. Par contre, il existe des actes, ceux-là bien de la compétence du gouvernement, qui s'en occupent principalement et à fond, ce sont les traités.

Que le Code décide que les traités seront obligatoires, nous l'avons vu au sujet de l'art. 11. Mais qu'est-ce que décident ces traités ? L'application de la loi étrangère ? Prenons-en un, celui qui est con-

sidéré comme le plus complet, le traité franco-danois de 1910 :

Les sujets danois en France et les citoyens français en Danemark, pour ce qui regarde l'exercice des droits civils... jouiront des mêmes droits, privilèges, libertés, faveurs, immunités et exemptions qui sont ou qui seront accordés aux nationaux.

C'est la loi du pays dans lequel se trouvent les étrangers qui leur est concédée, et non pas leur loi nationale. Le droit international privé tire son origine du commerce international. Et le commerce international, bien qu'intéressé à ce que les étrangers puissent contracter un acte valable, ce qu'ils feront selon la loi du pays où ils se trouvent, ne l'est guère à leur étendre les facultés exceptionnelles de leur loi nationale. Que ces étrangers soient unis en mariage ou qu'ils vivent en concubinage, que leurs enfants soient légitimes ou naturels, le commerce international n'y est pas intéressé, ou du moins pas directement. Et que ces étrangers soient établis à demeure fixe, alors, tout au contraire, il y a intérêt à leur appliquer positivement la loi française, pour ne pas altérer le caractère de la vie nationale. Ainsi, la loi française fut appliquée au testament et à l'exécuteur testamentaire d'un Anglais décédé en France, sur le fondement du traité de commerce et de navigation conclu à Utrecht, le 11 avril 1713 (Laneuville, Req. 19 Avril 1859, S.1859.1.414).

Reconnaissons, toutefois, que la question présente un autre côté. Si les traités accordent l'application de la loi française aux étrangers en France, ils accordent en même temps la jouissance de la loi étrangère aux Français à l'étranger. Si donc l'application de la loi étrangère à l'étranger est reconnue par un traité français, cette loi sera-t-elle obligatoire pour les juges français, sera-t-elle devenue loi française si l'acte passé à l'étranger est évoqué devant les juges français ? Il y a eu des cassations. Une des pre-

mières pour contravention à la loi étrangère (Gerrit Ziedzès, 21 brumaire an XIII, Devill. an XIII, 1.20) invoque le traité de navigation et de commerce conclu à St. Pétersbourg le 11 janvier 1787, pour appliquer la loi russe aux formalités de douane à St-Pétersbourg. Le même traité fut invoqué pour sauvegarder l'autorité de la chose jugée en Russie relativement aux immeubles situés dans ce pays (Chapeaux-Grammont, Cass. 15 juillet 1811, S. 1811.1.301). Dans une hypothèse un peu différente, puisqu'il s'agissait de la succession mobilière d'un Suisse décédé en France, le traité du 15 juin 1869, reconnaissant la compétence des tribunaux suisses en pareille matière, devait servir à justifier l'application de la loi suisse, quoiqu'il dût en résulter un préjudice pour les légataires français (Cazanov a. Nouzille, Cass. 11 février 1890; Cl. 1890,299). Ces trois cassations n'ont pas trait à l'interprétation des lois étrangères, elles ne concernent que leur application. De plus, la Cour de cassation, en cassant des arrêts qui avaient appliqué la loi française en une matière qui dans la conception courante de nos tribunaux n'est pas régie par cette loi, aurait très bien pu motiver sa décision par d'autres textes que les traités invoqués. Mais si nous allons plus loin, si nous questionnons l'intention des négociateurs des traités, nous reconnaissons aisément qu'ils n'avaient nullement en vue de soumettre les tribunaux français à l'ordre de la loi étrangère : leur seul but était celui de procurer aux Français les avantages de la loi étrangère. Quant à la loi française, elle n'est pas intéressée. Les actes faits à l'étranger sous l'empire de la loi étrangère restent actes étrangers, et ce sont les juges étrangers qui seront les juges naturels en cas de contestation. Si l'acte est invoqué incidemment en France, ce sera un acte du droit des gens, un fait, dans l'appréciation duquel entrera certes la loi étrangère, comme simple élément du fait.

Si donc M. Foelix put dire :

Le système qui repousserait, en France, toute application des lois étrangères, entraînerait nécessairement des mesures de rétorsion de la part des autres nations (Foelix, t. I, p. 34).

ce n'est pas là que nous croyons le danger. Car la loi étrangère en France n'est appliquée que comme mesure de déchéance, pour rappeler à leur condition les étrangers. Ce qui entraînerait des mesures de rétorsion, c'est le système qui repousserait toute application de la loi française aux étrangers.

Cette matière des traités ne laisse cependant pas d'être épineuse. Quoique le principe de l'autonomie de la volonté soit vivement critiqué à l'époque actuelle (Morin, *La révolte des faits contre le Code, La loi et le contrat*), il ne reste pas moins être celui du Code, et les conventions légalement formées tiennent lieu de loi, aussi bien pour les nations que pour les particuliers. Or, si les traités de commerce, réglementant le commerce international, sanctionnant le droit des gens par une règle de droit civil, s'abstiennent sagement de reconnaître l'application en France des lois étrangères, ils pourraient tout aussi valablement sanctionner le système contraire, prescrire l'application des lois étrangères en France, soumettre à leur régime les tribunaux français. Et l'expérience fut faite. Les conventions de la Haye de 1902 sur la tutelle des mineurs, sur le mariage, sur la séparation de corps et le divorce, celles de 1905 sur les effets du mariage et sur l'interdiction judiciaire, reconnaissaient, tout au moins partiellement, aux étrangers en France le bénéfice de leur loi nationale. L'expérience ne tarda pas à apparaître aussi concluante que la France s'empressa à dénoncer ces conventions dès que c'était possible.

Car reconnaître l'application des lois étrangères en France serait soumettre les tribunaux français à une souveraineté étrangère. Et les tribunaux fran-

çais, bien qu'ils ne puissent prononcer par voie de disposition générale et réglementaire, sont néanmoins autre chose que de simples arbitres ; ils possèdent aussi bien *l'imperium* que la *jurisdictio*, à la différence des juges de la République romaine qui ne décidaient que des points de fait. Et limiter, par les ordres du législateur étranger, la liberté de décision de ces détenteurs de la souveraineté nationale, chargés d'affirmer la justice française, serait fouler aux pieds la souveraineté française. Car si l'on veut bien reconnaître un sens à ce mot « souveraineté nationale », qu'est-ce autre chose que l'affirmation du caractère, des sentiments et des aspirations français, à l'encontre des entreprises de l'étranger ? Si bien que même M. Pillet, tout en protestant à maintes reprises contre la « préférence du juge pour sa propre loi » (Traité, t. II, p. 185) et la « propension fâcheuse de la jurisprudence à ramener les conflits embarrassants à des questions de jouissance de droits pour les étrangers » (Traité, t. I, p. 13), n'en reconnaît pas moins aux juges français, tenus à appliquer la loi étrangère, un pouvoir souverain d'appréciation de cette loi ; ils ne seront nullement tenus par l'interprétation qui en est donnée dans le pays étranger, ni par l'esprit de la législation étrangère (Principes, N° 85). Mais en dépouillant la loi étrangère ainsi de son esprit, qu'est-ce qui reste ? Un chiffon de papier, une formule, un *fait*, tout comme le dit la Cour de cassation. La doctrine, toutefois, n'est pas unanime. M. Valéry estime que :

Pour appliquer une loi comme elle mérite de l'être, il faut, non seulement en consulter le texte, mais aussi rechercher comment elle est étendue par ceux à qui revient naturellement la mission de l'interpréter, c'est-à-dire par les autorités du pays où elle a été faite (Valéry, N° 440).

Les textes que nous avons étudiés, lois et traités, certes nul ne contestera leur qualité de prescrire

l'application de la loi étrangère en France. Mais si nous y regardons de près, nous voyons que la loi ne la prescrit pas ; les traités n'en traitent pas. Reste la jurisprudence. Celle-ci ne saurait prescrire quoi que ce soit, pas plus l'application des lois étrangères qu'autre chose. Mais ce qu'elle pourra faire, c'est écarter l'application des lois étrangères. Et comment elle le fait, nous le verrons dans la deuxième partie de ce chapitre.

2. — *La jurisprudence.*

Les textes, nous l'avons vu, non seulement n'ordonnent pas l'application de la loi étrangère, ils ne s'occupent presque que des Français. C'est à la jurisprudence que nous demanderons de nous renseigner sur notre juridiction pérégrine.

« La liaison de la compétence du juge et de la loi applicable est l'un des phénomènes les plus dignes d'être observés en droit international » (Pillet, *Traité*, t. I, p. 83). Et la jurisprudence de déclarer qu'elle n'est nullement tenue à décider des contestations entre étrangers :

Attendu, en droit, que les tribunaux français, institués pour rendre la justice aux Français, peuvent, sauf les cas particuliers autorisés par la loi, s'abstenir de la connaissance des contestations qui s'élèvent entre les étrangers, et cela, lors même que ceux-ci, par leur consentement formel, se soumettraient à leur juridiction, puisque l'on ne peut, l'on ne doit imposer aux juges français, par la volonté de plaideurs étrangers, l'obligation de juger qu'ils ne tiennent point de la loi... (Comte de Bloom c. Princesse de Bagration, Req. 2 avril 1833, S. 1833.1.435).

Il s'agissait de la dot promise au contrat de mariage, et que le Comte de Bloom, après la mort de sa femme, réclamait à la princesse de Bagration au nom de son fils mineur. Et l'arrêt déclare que c'était là un

paiement qui était, en grande partie, controversé, tant sous le rapport de sa quotité, que sous le rapport des droits du tuteur demandeur, droits exclusivement régis par des lois étrangères ; que, dans ces circonstances, en renvoyant les parties à se pourvoir devant qui de droit, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi.

Ici on souligne la différence entre le droit étranger et le droit français. Autre part on souligne la différence entre la personne des étrangers et celle des Français, tel que dans l'exposé sous S. 1806.1. 257, Req. 22 janvier 1806, Mount-Florence c. Fulwart Skipwith :

C'est une suite nécessaire de la pérégrination. Si un citoyen sort de sa patrie, s'il se plaît loin de ses dieux Lares, de ses lois protectrices, il doit s'imputer les désavantages de sa situation. ...La soif de justice qu'un étranger peut éprouver hors de sa patrie est une raison pour que son souverain lui en procure les moyens. Mais ce n'est pas une raison pour qu'un souverain étranger s'arroge sur lui une juridiction qu'il n'a pas.

Oui, le droit de se faire rendre justice est un droit civil. Mais quand la jurisprudence parle de droits civils, elle ne parle pas tant de droits subjectifs, de prérogatives individuelles. Non, comme les Romains, elle en fait une chose concrète, utilisable, et elle considère le droit civil comme une qualité inhérente aux personnes et choses françaises. Quant aux étrangers :

Les étrangers sont une classe d'hommes à part, envers qui chaque gouvernement se doit d'être hospitalier et juste : mais qui ne sont point en communication de nos avantages civils. Les lois civiles sont des règles domestiques qui ne sont faites que pour les enfants de la maison (Plaidoiries, Civ. 1^{er} février 1813, S. 1813.1.113).

Ceci pour nos tribunaux comme juridiction. Mais nos tribunaux ne sont pas simplement des arbitres jugeant des contestations, il possèdent l'imperium des magistrats romains, ils prennent une part active à l'exercice de la souveraineté, à l'administration de la chose publique, et la place qu'ils ont

choisie est celle de gardiens de l'ordre public. Certes, le juge français se désintéresse d'un droit inconnu à la loi française, tel que l'obligation alimentaire entre frères du droit italien, mais tout en renvoyant les plaideurs, il déclare :

qu'il doit d'autant mieux en être ainsi que le sieur Jean Nutti, demandeur au principal et défendeur à l'exception, ne prétend pas qu'en cas de déclaration d'incompétence du tribunal de Marseille il sera dans l'impossibilité de soumettre sa demande à un tribunal italien (Trib. civ. Marseille, 27 février 1914, Cl. 1916, 167).

Car, si par suite de sa résidence en France le défendeur étranger échapperait à toute poursuite devant les tribunaux étrangers, les juges français se déclarent compétents. Certes, le droit dont ils auront à juger leur reste indifférent, tant dans sa nature que dans la personne des titulaires. Et même, n'est-ce pas un manque de délicatesse de la part d'étrangers d'élever des réclamations là où ils ne jouissent que d'une hospitalité ? Mais maintenir l'incompétence des tribunaux français serait donner un moyen au défendeur étranger d'échapper à toute poursuite, tandis que le défendeur français y reste exposé. Et l'ordre public ne saurait souffrir que la situation des étrangers en France soit plus avantageuse que celle des nationaux. C'est cette considération qui a conduit les tribunaux français, malgré de multiples difficultés, à connaître finalement de droits tellement contraires aux institutions françaises et aux principes que nous proclamons constamment d'ordre public, que le divorce des Israélites russes.

Si cette incompétence entre étrangers sert grandement à écarter les procès étrangers, il n'en reste pas moins que la loi étrangère est souvent déférée aux magistrats français, soit à raison de la personne des plaideurs, soit tout simplement parce que le fait du procès est chose étrangère, exclue de la participation à la loi française. Car on ne saurait accorder

aux étrangers l'exemption de toute loi. Si donc la loi française s'en désintéresse, on appliquera la loi étrangère, (qui même ainsi appliquée, ne reste qu'un simple fait pour les juges, nous l'avons vu et nous en reparlerons encore). Mais ce n'est pas encore assez, le juge veut bien admettre la loi étrangère tant qu'elle lui reste indifférente, mais précisément, ce simple fait ne lui reste pas toujours indifférent. Et il l'écarte donc au nom d'un principe que nous avons déjà nommé, au nom de l'ordre public.

Qu'est-ce que l'ordre public ? En droit interne, les dispositions d'ordre public sont celles que les parties ne peuvent écarter par convention contraire. Mais en droit international privé il n'existe pas de dispositions, il n'existe que des règles de rattachement. C'est donc en vain qu'on cherche dans les dispositions impératives ou prohibitives ; M. Martin a bien montré que les dispositions permissives peuvent être d'ordre public (Etudes p. 293 et 243). Et les auteurs se découragent ; M. Pillet parle de la « vanité qu'il y a à prétendre cataloguer une fois pour toutes les lois d'ordre public » (Traité, t. II, p. 243). Si nous abordons la question du côté des règles de rattachement, nous rencontrons les règles de rattachement dites exceptionnelles, constituées par un certain nombre de textes obligatoires pour tous ceux qui habitent le territoire, ou les règles de rattachement dites normales, expliquant la prédominance de la loi française par la nature de la matière régie (rapportées par M. Lerebours-Pigeonnière, Nos 278 et 279), d'autres (M. Martin surtout) expliquent la méconnaissance de la loi étrangère par le défaut de communauté de droit entre les législations intéressées. Mais cette communauté de droit n'existe guère entre nations étrangères, même régies par un Code identique. Et si l'on veut parfois trouver une certaine ressemblance dans l'esprit des lois civiles, on serait

conduit à échelonner les diverses nations quant à l'application de leurs lois civiles en France. Et bien que l'idée ait été exprimée par M. Bartin (*Etudes*, p. 223, « Il y a, des Etats les moins civilisés aux Etats les plus civilisés, une progression constante dans l'application des règles du conflit des lois »), elle ne me paraît pas correspondre à la pratique de la jurisprudence. Certes, celle-ci ne se fait nul scrupule à différencier entre la loi des diverses nations, mais quand elle le fait elle ne s'attache pas tant à l'esprit de la loi étrangère mais plutôt à des considérations politiques.

Cette notion insaisissable de l'ordre public ne pouvait point manquer de susciter les critiques de la doctrine. M. Pillet déclare, « En réalité, nos magistrats paraissent céder de plus en plus à la tendance de confondre les notions d'ordre public et d'importance sociale de la loi », et « L'ordre public devient trop souvent le vêtement sous lequel se couvre la préférence innée du juge pour sa loi nationale » (*Traité*, t. I, p. 132). Citons encore la note du même auteur sous l'arrêt Tomatis (Civ. 20 janvier 1925, S. 1925.1.49) :

Cette tendance à confondre les lois d'ordre public et celles dont l'importance sociale est considérable, a déjà exercé dans notre jurisprudence des ravages fort sensibles. C'est avec des raisons pareilles que l'on traite la réserve héréditaire d'ordre public (V. Poitiers 4 juillet 1887, S. 1888.2.194), que l'on nomme le droit au divorce d'ordre public (V. Asser et Rivier, *Elém. de dr. intern. privé*, p. 118 et 119, n° 53), que l'on proclame d'ordre public la créance d'aliments (Cass. Req. 27 mars 1922, S. 1923.1.27), et qu'enfin, dans un jugement très récent, le tribunal de la Seine (chambre du conseil, 20 juin 1924) déclarait d'ordre public les formalités exigées des représentants des mineurs à l'occasion des partages qui intéressent ces derniers. Avec une théorie semblable la notion d'ordre public n'a plus de limites et le juge français garde par devers lui le moyen permanent d'appliquer, sous prétexte d'ordre public, la législation française aux étrangers, toutes les fois où il lui prend fantaisie de le faire.

Ce passage nous paraît fort bien dégager le sentiment de la jurisprudence. Que dit celle-ci ? Au sujet d'une recherche de paternité, lorsque celle-ci fut encore défendue en France :

Attendu que si, en principe, l'étranger reste soumis en France, quant à sa capacité, aux lois de son pays, la loi étrangère n'est toutefois applicable par les tribunaux français qu'autant que son application n'est pas contraire aux règles qui sont considérées en France comme tenant à l'ordre public (De Civry c. de Brunswick, Req. 25 mai 1868, S. 1868.1.365).

Au sujet d'une clause de non-garantie pour avaries :

Attendu que si, dans la contestation entre Français et étrangers, la loi étrangère doit être appliquée lorsque les parties s'y sont référés expressément ou même implicitement, c'est à la condition que son application ne soit pas, en France, contraire à l'ordre public (Crowley c. Saint frères, Civ. 12 juin 1894, Cl. 1894, 806).

Ce qui est parfait, seulement cela ne nous explique pas ce qui est l'ordre public. Mais définissons donc tout simplement que l'ordre public est un moyen employé par les tribunaux pour écarter la loi étrangère, bien que le rapport contesté ne relève pas de la loi française. Ceci, toutefois, ne répond pas à la question suivante : quand nos tribunaux veulent-ils écarter la loi étrangère ? On se saurait y répondre d'une façon absolue : cela dépend des tribunaux, de leur philosophie et de leur religion. Dans ses grandes lignes, toutefois, la solution est assez nette ; distinguons le droit privé et le droit public étranger.

Quant au droit privé étranger, il est en principe admis en France. C'est en somme des règles assez anodines, régissant des êtres ou choses par définition différents des Français, et dont le juge français se désintéresse ; s'il est une chose qu'il n'admettrait pas, c'est précisément qu'on appliquât à ces êtres différents les règles de la loi française. Mais quand la

chose est française, elle sera toujours régie par la loi française, donc point n'est besoin d'invoquer l'ordre public pour écarter la loi étrangère. Quelles sont les choses françaises ? La jurisprudence ne cherche pas son critère dans les spéculations abstraites d'un conflit de lois, non, sont choses françaises celles qu'elle considère comme sa propriété, qu'elle connaît et qui la touchent de près, tel le sol français, la personne des Français, sujets à la loi française même à l'étranger (les actes faits par les Français à l'étranger restent chose étrangère, à moins qu'ils ne soient « naturalisés », ce qui est prévu par quelques textes, ou que, passés exclusivement entre Français et devant produire leurs effets en France, le lieu de leur conclusion ne soit considéré comme simple accident) ; enfin tous les actes du commerce juridique, passés sur le territoire de la France, qu'elle considère comme son domaine et sur lequel elle revendique un pouvoir de police ; à moins que ces actes ne concernent exclusivement une chose dont elle se désintéresse, ce qui n'est guère le cas que pour la personne des étrangers, et encore, pourvu que l'acte invoqué reste indifférent à la loi française. Tel ne fut pas le cas pour un contrat de mariage, qui, on le sait, est passé par devant notaire ; cet acte, contenant une promesse d'égalité faite par un père allemand à son fils allemand, fut jugé relever de la loi française. Ce contrat de mariage, il est vrai, fut invoqué par la petite-fille, Française par son mariage, mais qui, venant à la succession par représentation de son père, ne pouvait avoir plus de droits que celui-ci. Les motifs de la Cour de cassation sont on ne peut plus nets :

Attendu, en droit, que la promesse d'égalité faite par Frédéric Mayer dans le contrat de mariage de son fils, fût-elle considérée par la loi allemande comme contraire à l'ordre public, n'en devait pas moins, en l'état des faits précisés, être tenue pour bonne et valable par le juge français, celui-ci n'ayant à tenir compte que de la loi française, quand il ne

s'agit pas de l'état et de la capacité des personnes étrangères (Becker c. Chantecaille, Req. 20 février 1882, Cl. 1882, 90).

Mais supposons que la question concerne l'état ou la capacité des étrangers ; que l'acte ou rapport de droit n'intéresse pas les magistrats français ; que la loi française ne saurait donc être appliquée. Il n'est point encore dit qu'on admettra la loi étrangère. Quand le juge y voit intérêt, il écartera la loi étrangère, au nom de l'ordre public. Cet ordre public ne sert pas tant à appliquer la loi française, il n'y sert qu'indirectement, car le rapport de droit reste soumis au droit étranger ; l'ordre public ne sert qu'à écarter la loi étrangère sur un point précis. Et ce point précis, c'est lorsque la loi étrangère accorde à ses nationaux une faculté refusée aux Français par la loi française. Car on ne saurait rendre la condition des étrangers plus avantageuse que celle des Français. C'est là une des tendances les plus marquées de la jurisprudence, et aussi du législateur, qui n'a point fini de remodeler ses lois sur la nationalité française, qu'il n'hésite pas à accorder aux étrangers pour les soumettre au service militaire. Mais entendons-nous sur le mot « facultés », car le détail le plus absurde du droit étranger, sur la réglementation de la puissance paternelle, par exemple, pourrait être qualifié de faculté, ce qui conduirait à écarter le droit étranger en France dans tous les cas. Non, ces facultés, indifférentes aux Français, seront laissées aux étrangers. On ne leur refusera que celles qui pourraient éveiller la convoitise des Français, qui les inciteraient à désobéir à la loi française ; d'où le non bien expressif d'ordre public. Autre nuance : la jurisprudence traite de cette manière non seulement les personnes, mais également les institutions, qu'elle concrétise en quelque sorte : elle n'admettrait pas un mariage purement religieux ou purement consensuel entre étrangers en France, qui pré-

judicierait à l'autorité du mariage français, civil et formaliste.

Evidemment, la question de savoir si la faculté du droit étranger est plus avantageuse que celle du droit français sera toujours appréciée par la jurisprudence, pour qui l'ordre public ne constitue, en somme, qu'un moyen technique pour écarter la loi étrangère. Pour écarter la loi étrangère, qui accorde une faculté aux étrangers, sans appliquer la loi française dont la jouissance ne leur est pas reconnue. Prenons un exemple : Le divorce ne saurait-être accordé aux étrangers pour une cause reconnue par leur loi nationale mais inconnue à la loi française. On ne prononcera leur divorce que pour des causes qui pourraient motiver la dissolution d'un mariage entre Français. Mais cela ne veut point dire qu'on leur appliquera la loi française. On ne prononcera leur divorce qu'autant que la faculté de divorcer leur est également accordée par leur loi nationale.

Ceci pour la loi étrangère en France. Quant à la loi étrangère chez elle, celle régissant en pays étranger un rapport de droit considéré comme chose étrangère, elle sera très généralement reconnue lorsqu'elle est invoquée devant les tribunaux français (nous parlons toujours de la loi civile de droit privé). Nous reconnaissons l'état des étrangers formé à l'étranger, bien que contraire à notre « ordre public », et quoique nous ne leur reconnaissons pas la jouissance des facultés en dérivant en France. Nous reconnaissons le prêt à l'étranger, bien qu'usuraire d'après la loi française. Mais à une condition toujours, que ce rapport soit bien chose étrangère, qu'il ne concerne pas la vie juridique française. La clause de non-responsabilité dans un contrat de transports, reconnue par nos tribunaux dans un transport à l'étranger, sera très généralement déclarée nulle lorsque la destination des biens est la France.

Et le prêteur français qui exigerait de son emprunteur français la signature du contrat à l'étranger pour échapper à la limitation du taux de l'intérêt (en supposant cette limitation rétablie), n'aura guère de moyens pour sanctionner son droit en France.

Ceci nous conduit à la théorie de la fraude à la loi. Ce n'est pas la place ici d'exposer cette théorie. L'acte passé par un Français à l'étranger, régulier au regard de la loi étrangère et reconnu par la loi française qui considère cet acte comme chose étrangère, en dehors des prévisions du droit civil, sera néanmoins déclaré nul par les tribunaux français lorsque le Français s'est rendu à l'étranger dans le seul but d'échapper à une prescription de la loi française. L'intention compte et c'est elle qui annule l'acte ; car, fait par un Français établi à l'étranger ou même accidentellement à l'étranger, cet acte, conçu sans pensée de fraude, sera valable, bien qu'en France il eût été impossible d'y procéder. Le résultat de ces deux moyens, fraude à la loi et ordre public, est exactement le même : la loi étrangère est écartée. Mais tandis que, dans la « fraude à la loi », on écarte la loi étrangère pour lui substituer la loi française qui normalement aurait été compétente, on ne lui substitue rien dans l'« ordre public » : on ampute tout simplement la loi étrangère.

Si nous passons au droit public, la solution devient d'une simplicité ravissante. Tout le droit public étranger est écarté, avec un grand esprit de conséquence. Nous prenons le droit public dans son acception romaine, droit qui concerne l'Etat, qui a trait à la souveraineté de l'Etat étranger ; cette conception bien matérielle reste encore celle de la jurisprudence, malgré les diverses théories modernes de l'impératif juridique etc., car elle est la seule pratiquement utilisable. Or, il appert que la souveraineté d'un Etat étranger est contraire à l'ordre public

en France. Que les tribunaux français refusent d'admettre l'exercice de la souveraineté étrangère en France, ce n'est que trop compréhensible. On refusera l'exequatur au jugement étranger en opposition avec un jugement français, au nom de l'ordre public (Pavoncelli, Civ. 18 novembre 1891, Cl. 1892, 667). La nomination d'un administrateur par le gouvernement belge, en exécution du testament du curé de Ruette, décédé en 1631 et laissant des biens en France et en Belgique, sera nulle en France :

Attendu que, s'agissant au procès de l'exécution, en France, des actes d'un gouvernement étranger, il y avait lieu, pour les tribunaux français, de réviser lesdits actes, surtout quand la contestation s'élevait sur l'administration des biens situés en France (François c. Henry, Req. 10 Novembre 1847, S. 1848.1.52).

« Un principe coutumier constant entre les nations veut qu'un pays ne se charge pas de faire exécuter les peines prononcées par les tribunaux d'un autre pays » (Pillet, Traité, t. I, p. 517). Pour un délit commis à l'étranger :

Attendu, d'autre part, que, pour la quotité comme pour la nature des peines, les tribunaux français doivent toujours appliquer la loi française, et ne peuvent jamais appliquer une loi étrangère (Laterner, Crim. 29 décembre 1899, S. 1902.1.541).

Mais le même principe tient bon lorsqu'il ne s'agit point de l'exercice de la souveraineté étrangère en France, mais simplement de la reconnaissance d'un droit régulièrement né à l'étranger en vertu du droit public. Les dettes d'impôts dues à l'Etat étranger sont irrecevables en France. La concession du monopole des opérations de banque au Monaco, sera nulle en France, et ne donnera pas lieu à des dommages-intérêts à l'encontre la banque française ayant effectué des recouvrements sur le sol monégasque :

Attendu qu'un tribunal français ne peut prononcer une condamnation à des dommages intérêts au profit d'un tiers, pour contravention commise à l'étranger à une ordonnance v ayant force obligatoire, lorsque cette ordonnance est contraire à notre ordre public ; — Attendu que la loi du 2 mars 1791 a proclamé la liberté du commerce (Morlay-Unwin, Req. 29 mai 1894, S. 1894.1.482).

La violation des conditions d'extradition d'un pays étranger est indifférente aux tribunaux français :

Sur le moyen pris de la violation d'un traité conclu, le 13 janvier 1885, entre la Russie et la Prusse, aux termes duquel aucun sujet russe ne pourrait être extradé à une autre puissance que pour crime commis sur le territoire et dans les limites de la juridiction de cette puissance ; — Attendu que les tribunaux français n'ont pas mission d'appliquer les traités conclus entre nations étrangères (Arrêt Laterner précité).

La nationalisation de la flotte marchande russe sera nulle en France, malgré la reconnaissance du gouvernement des Soviets :

Attendu, d'après le pourvoi, que cette décision aurait, à tort, dénié au gouvernement soviétique un droit de propriété qui lui était attribué par une disposition formelle de sa législation et aurait violé ainsi une règle de droit international admise par tous les Etats ayant entre eux des relations diplomatiques ; — Mais attendu que si, en principe, les tribunaux d'un Etat, lorsqu'ils sont appelés à apprécier une situation juridique née sous l'empire d'une législation étrangère, doivent le faire en appliquant la loi étrangère, cette règle ne les oblige que dans la mesure où l'application de la loi étrangère, ou le respect des droits acquis en vertu de cette loi, ne porte pas atteinte à des principes ou à des dispositions de leur loi nationale considérés comme essentiels pour l'ordre public ; — Attendu qu'aux termes de l'art. 545 du Code civil nul en France ne peut être contraint de céder sa propriété... (Etat russe c. Ropit, Req. 5 mars 1928, Cl. 1928, 676).

Le seul moyen d'appliquer le droit public étranger en France est de conclure un traité. Mais alors ce droit public étranger devient du droit public français, et nos tribunaux se sentent mal à l'aise en pré-

sence du droit public. Au sujet du traité avec l'Espagne du 24 décembre 1786, stipulant qu'en matière de contrebande, le coupable serait livré, pour le premier délit, aux tribunaux de son pays national, il a été jugé :

Sur le moyen relevé *d'office* et tiré de la violation du principe de la séparation des pouvoirs :... Mais attendu que si les traités diplomatiques régulièrement promulgués en France ont force de loi et doivent, à ce titre, être appliqués par l'autorité judiciaire, il n'appartient pas aux tribunaux de les interpréter que dans le cas où cette interprétation se rapporte à des intérêts privés, dont le règlement est soumis à leur appréciation ; — Que, pour tout ce qui a trait à des questions d'ordre public concernant des mesures de protection stipulées par les souverainetés contractantes en faveur de leurs nationaux respectifs, les conventions diplomatiques étant des actes de gouvernement à gouvernement, ne peuvent être interprétés que par les gouvernements eux-mêmes ; — Attendu que les difficultés au sujet de la compétence respective des tribunaux français et espagnols en matière de contrebande, rentrent manifestement dans ce dernier ordre de questions... (Yser, Cass. Crim. 27 juillet 1877 ; S. 1877.1.485).

Une autre fois, l'amnistie pour faits de la Révolution, stipulée par les traités de paix de Campo Formio et de Lunéville, devait servir à casser l'arrêt ayant accordé des dommages-intérêts à Clausius, confiseur à Worms et membre de la convention de cette ville, pour l'arrestation et la séquestration de ses biens, décernées par la magistrature de cette ville après le retrait des armées françaises (Cass. Civ. 18 février 1807, S. 1807.1.26 suppl.). Mais la tendance générale de la jurisprudence est d'écarter le droit public étranger, et elle y arrive même à l'encontre des traités. Dans l'affaire Jauge, banquier à Paris, ayant accordé des secours financiers à Don Carlos, prétendant au trône espagnol, ce qui, suivant l'accusation, avait exposé la France, qui faisait partie de la Quadruple Alliance, à une déclaration de guerre, le prévenu a été renvoyé de la fin des poursuites, sur

le motif que « le traité du 22 avril 1834, ratifié le 31 mai suivant, n'a pas été promulgué en France ; que, dès lors, il n'a pu légalement devenir la base d'une poursuite judiciaire » (Jauge, Crim. 28 nov. 1834, S.1834.1.822).

De rares fois, néanmoins, cette belle assurance de nos tribunaux cesse. Si les actes de souveraineté des Etats étrangers sont toujours méconnus, ces Etats n'en constituent pas moins des puissances avec lesquelles il faut compter. Il ne serait point prudent d'exagérer outre mesure. Ainsi, l'arrêt ayant accueilli une saisie-arrêt à l'encontre du gouvernement espagnol, en vertu de l'art. 14, Code civil, a été annulé :

Qu'en effet, le droit de juridiction, qui appartient à chaque gouvernement pour juger les différends nés à l'occasion des actes émanés de lui, est un droit inhérent à son autorité souveraine, qu'un autre gouvernement ne saurait s'attribuer sans *s'exposer à altérer leurs rapports respectifs* (Cass. Civ. 22 janvier 1849, S. 1849, 1.81).

Tout récemment, à l'encontre du gouvernement russe, il en a été jugé différemment (Req. 19 février 1929, Darras 1929, 266).

Citons toutefois une réelle exception : les immeubles situés à l'étranger. Ces immeubles, choses pérégrines par excellence, loin des juges français, étrangères à la loi française, sont considérées dans leur réalité extérieure, avec leur statut étranger comme qualité matérielle, même que ce statut relève du droit public tel qu'une concession (Arrêt Wyse — la Cour d'appel, toutefois, avait écarté le droit public étranger). Cette exception reste néanmoins en accord avec l'esprit de la jurisprudence française. Car la loi étrangère n'est prise en considération que pour la qualification des biens situés à l'étranger. Et en matière de qualification, où nos tribunaux ne connaissent que la loi française, l'unique exception où ils se réfèrent à une loi autre que la leur, est préci-

sément celle-ci, la qualification d'un bien sis à l'étranger (Bartin, Etudes, p. 26 et 52).

Ces développements nous font déjà comprendre que proposer la loi étrangère devant nos tribunaux comme acte du gouvernement étranger, comme expression d'une souveraineté étrangère, est le moyen le plus sûr pour la faire écarter. Lorsqu'elle est admise elle ne l'est que comme qualité inhérente aux choses étrangères, qui, différentes des choses françaises, obéiront évidemment à des règles différentes.

Pour résumer ce chapitre : Les textes n'ordonnent pas l'application de la loi étrangère, nul n'en reconnaît la force obligatoire. La jurisprudence, d'autre part, écarte la loi étrangère quand bon lui semble.

On nous objectera sans doute que, depuis la rédaction du Code, il y a eu évolution ; que les textes ont été interprétés de façon différente, que la jurisprudence a élaboré un système par lequel elle se prétend liée ; que notamment l'art. 3 est interprété à présent comme soumettant l'état et la capacité des étrangers à leur loi nationale. Certes, il y a eu évolution, il y en a encore tous les jours, et il serait fort long et nous mènerait trop loin que de décrire l'évolution. J'ai simplement voulu dégager le point fixe, l'élément formel, la base dont la jurisprudence a étayé ses constructions.

Passons à la Cour de cassation.

2. LA COUR DE CASSATION

En le litige auquel nous assistons, l'accusation soutient que la Cour de cassation doit juger la violation de la loi étrangère, car elle juge la violation de la loi ; la défense réplique que la Cour de cassation ne doit pas juger la violation de la loi étrangère, car elle n'a été instituée que pour assurer l'unité de la loi française ; la Cour de cassation juge que la loi étrangère est un fait.

Chacun, en effet, se retranche derrière un point de vue différent, sans essayer de contester les affirmations des autres (qui, du reste, ne pourraient être contestées), et nous ne saurions en juger en connaissance de cause, sans instruire plus loin l'affaire : le supplément d'information qui nous est indispensable concerne le rôle et le caractère de la Cour de cassation.

Or, pour comprendre le rôle et le caractère de la Cour de cassation, il nous faut en retracer l'histoire (1).

La Cour de cassation fut instituée sous la Révolution. Dans ses racines toutefois elle remonte bien plus loin^e ; l'institution de la cassation fut tracée par M. Chenon jusqu'en 1497, date à laquelle le Grand Conseil (plus tard Conseil des parties) fut détaché du Conseil du Roi. Cette ancienne cassation, cependant, avait des caractères particuliers.

D'abord, « il était presque impossible que le

(1) Voyez le bel exposé historique dans le livre de M. MARTY, « La distinction du fait et du droit », qui malheureusement n'est venu entre nos mains qu'après que cette thèse fût terminée.

Parlement commît des erreurs de droit, c'est-à-dire rendît des jugements contraires à la loi ; car la loi, où était-elle ? » La France était régie par de nombreuses coutumes, « et la coutume, on la prouvait par enquête », en autres mots par vérifications matérielles (Chenon, p. 20 et 21) ; et en effet, les premiers recours au Conseil du Roi étaient motivés par des erreurs de fait. Il ne restait donc que la violation d'une ordonnance qui pouvait donner lieu à cassation telle que nous l'entendons aujourd'hui. Et relevons que ces cassations étaient toujours très vivement ressenties par le Parlement ; car leur but était de « venger l'ordonnance », affirmer l'autorité du Roi à l'encontre des juges qui y avaient porté atteinte (idée assez semblable à celle qui inspira la création d'un Tribunal de cassation au moment de la Révolution).

Ensuite, l'issue de cette ancienne cassation était plutôt incertaine et arbitraire. Toute justice émanait du Roi, dont le Conseil pouvait donc évoquer l'affaire au fond, au lieu de limiter son rôle à la cassation et renvoyer les plaideurs devant d'autres juges ; il ne s'en fit du reste nullement faute.

Nous ne saurions mieux dégager le caractère de cette cassation de l'ancien droit et ce qui la sépare de la nôtre, qu'en citant les paroles de M. Géný :

Tandis que l'ancien recours au Conseil privé du Roi avait vraiment, en fait comme en droit, le caractère d'une voie exceptionnelle et exorbitante, exclusivement destinée à venger les ordonnances, mais, au surplus, mal définie dans ses conditions, partant rarement employé, toujours quelque peu arbitraire dans son exercice et dans son succès, notre pourvoi en cassation moderne, tout en restant, en droit, voie de recours extraordinaire, est devenu d'un usage fréquent, très précis dans son application et dans tout son jeu, aussi sûr pour le plaideur que précieux pour l'interprète (Géný, p. 69).

Survint la Révolution. Et malgré toutes les protestations auxquelles avaient donné lieu tant cassa-

tion qu'évocation, malgré le peu de sympathie que la Révolution témoignait aux corps constitués, Parlements et Conseil du Roi en particulier, l'Assemblée constituante rendit le 20 octobre 1789 un décret, maintenant le Conseil du Roi pour un certain temps, avec autorisation de continuer « provisoirement ses fonctions, comme par le passé, à l'exception néanmoins des arrêts de propre mouvement, ainsi que des évocations avec retenue au fond des affaires, lesquels ne pourront plus avoir lieu à compter de ce jour ». L'évocation était abolie, mais la cassation, qui pourtant avait donné lieu aux mêmes protestations, fut maintenue, et à cause de la cassation on laissa même subsister, provisoirement, le Conseil du Roi. La raison ? Le discours de Barrère nous l'expliquera : « Un tribunal de cassation est un malheur, mais un malheur nécessaire. La loi peut être violée, et il faut juger la violation de la loi » (Chenon, p. 65 et 66). La Révolution craignait pour ses lois, pour lesquelles elle avait beaucoup d'affection, mais qu'elle n'était pas certaine de voir appliquées par les juges malveillants.

Le tribunal de cassation qui remplaça le Conseil du Roi fut institué sous la Constituante encore, par la loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790, dont le § 1^{er} porte : « Il y aura un Tribunal de cassation *auprès du Corps législatif* ». Le § 3 indique ses attributions : « Il annulera toutes procédures dont les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. Et jusqu'à la formation d'un *code unique des lois civiles*, la violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité, et la contravention aux lois particulières aux différentes parties du royaume donneront ouverture à cassation ».

Faisons une petite digression sur ces dernières paroles, qui nous donnera une meilleure vue d'en-

semble. Ce texte indique la préoccupation qu'avait la Révolution dès ses premiers débuts d'unifier la loi civile, ce dont plus tard devait sortir le Code civil. Pourquoi fallait-il unifier la loi civile ? On était en pleine adoration du droit naturel : sa raison ne pouvait évidemment être qu'une, et la loi devait en être l'expression. Mais surtout, on avait séparé les pouvoirs ; la loi ne devait être l'œuvre que du seul législateur.

Cette conception de la loi, évidemment, ne savait que faire de la jurisprudence. On essaya d'y remédier de diverses façons. D'abord, on voulut que le Tribunal de cassation fût un tribunal ambulant ; on s'était sans doute inspiré des Circuit Courts anglais, comme on s'était inspiré de nombreuses autres institutions anglaises. Le projet fut abandonné : mais on décida que les membres du Tribunal de cassation ne seraient élus que pour deux ans, et que le tribunal se renouvellerait par moitié tous les ans. Or, précisément, au sujet de ce renouvellement par moitié, à la séance du 18 novembre 1790, Le Chapelier, rapporteur, plus tard un des premiers membres du Tribunal de cassation, tint le discours suivant :

Le Tribunal de cassation, pas plus que les tribunaux des districts, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions, existait dans le tribunal de cassation, il faudrait la détruire. L'unique but des dispositions sur lesquelles vous allez délibérer, est d'empêcher qu'elle ne s'introduise (ou applaudit). Ce n'est pas l'apposition d'une nouvelle moitié du Tribunal à l'ancienne, qui sera le régulateur de la Cour de cassation ; ce régulateur sera le Corps législatif, seul et véritable interprète de la loi.

Antérieurement dans la même séance, Robespierre avait pris la parole :

Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie plus rien dans le

nouveau ; il doit être effacé de notre langue. Dans un Etat, qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi ; alors il y a toujours identité de jurisprudence. (Discours rapportés par Génv, p. 80).

Cela suffira pour démontrer qu'il est tout à fait inexact de dire que la Cour de cassation a été instituée pour assurer l'unité de la jurisprudence française.

Du reste, un autre trait complétera cette proscription de la jurisprudence : le référé législatif (facultatif). Ce référé, qui était admis à titre de faculté pour les tribunaux, leur permettait de surseoir à statuer, sous prétexte de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi (décret 12-24 août 1790, tit. II, art. 12). « N'était-ce manifester très clairement la pensée que, désormais, tous les éléments des solutions juridiques devaient être fournis par la loi ? » (Génv, p. 68). La pratique, évidemment, ne tarda pas à révéler les inconvénients de ce référé facultatif, qui fut aboli par l'art. 4 du Code Civil.

Quel était donc le *caractère* de ce tribunal de cassation de la Révolution ? Nous n'avons qu'à relire sa loi d'institution, qui débute par les paroles qu'un Tribunal de cassation sera établi *auprès du Corps législatif*, ou le discours de Le Chapelier : « Le régulateur de la Cour de cassation sera le Corps législatif, seul et véritable interprète de la loi », et nous voyons le caractère de ce tribunal de cassation en lumière éclatante : Ce n'était point un tribunal d'ordre judiciaire, ce n'était qu'une dépendance du Pouvoir législatif, instituée pour sauvegarder l'intégrité de la Loi qui émanait de ce dernier. Et si bien fut-il considéré comme dépendance du Corps législatif que la Convention alla jusqu'à annuler les jugements de ce Tribunal, contrairement à la Constitution (Génv, p. 81).

Cette dépendance du Pouvoir législatif ressortira

d'un autre trait mis en lumière par M. Géný, le référé législatif obligatoire. Après un troisième pourvoi fondé sur les mêmes moyens, le Tribunal de cassation était obligé de s'adresser au Corps législatif, pour obtenir un décret déclaratoire de la Loi (loi du 16 décembre 1807).

Cette dépendance du Pouvoir législatif, ce caractère d'auxiliaire du Pouvoir législatif, en dehors de l'ordre judiciaire, est un trait qu'il fallait mettre en évidence ; car tel n'est plus le caractère de la Cour de cassation à l'heure actuelle. Il nous en reste cependant des vestiges significatifs, entre autres la procédure du pourvoi, qui n'est pas comprise dans le Code de procédure civile mais reste toujours régie par l'ordonnance de 1738 ; comme l'avait dit Treilhard dans les *Observations préliminaires* en tête du projet de ce Code, « *La Cour de cassation est placée en dehors de la ligne des tribunaux* » (rapporté par Cuche, p. 10).

En pratique, le rôle qui était dévolu à ce tribunal était uniquement de sauvegarder l'œuvre du législateur :

Le rôle pratique que l'Assemblée constituante assigna à ce Tribunal de cassation était une surveillance stricte et rigide du mécanisme judiciaire dans l'application des lois, dont on prétendait complètement doter la France à bref délai (Géný, p. 70).

A cette place, examinons quelques textes pour réfuter les arguments des auteurs qui font jouer à la « violation de la loi » un rôle par trop extensif. Nous n'avons qu'à citer la « *contravention expresse au texte de la loi* » de l'art. 3 de la loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790, ou l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 : « La justice est rendue souverainement par les cours d'appel ; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une *contravention expresse*

à la loi », pour reconnaître que ce n'est que la violation expresse du texte de la loi qui devait donner ouverture à cassation (abstraction faite des moyens de cassation relatives à l'inobservation des formes, incompétence et excès de pouvoir). Ni la fausse application, et moins encore la fausse interprétation, qui n'était même pas encore conçue, ne devaient donner ouverture à cassation.

Sur le dernier moyen, tiré de la fausse application de l'art. 475 Code civil ; — Attendu que la fausse application ne peut donner ouverture à cassation que lorsqu'il en résulte une violation formelle de quelque loi, ce qui ne se rencontre pas dans l'espèce actuelle (Civ. 14 novembre 1826, S.1827.1.306).

L'avocat Sirey se débat avec la fausse application :

La fausse application d'une loi n'est elle-même un moyen de cassation, que lorsqu'elle présuppose une *contravention* : c'est-à-dire, lorsque, au lieu de la loi appliquée, on aurait dû en appliquer une autre ; — ou lorsqu'il y a eu *excès de pouvoir*, soit en annulant (sans autorisation de la loi) des *contrats* et autres *actes*, efficaces de leur nature ; soit en infligeant des *peines* non encourues, etc. (S.I.I.I.).

Un article anonyme dans la « *Thémis* », rapporté au Sirey 1822.2.233, nous fera d'ailleurs connaître le sentiment des contemporains :

Ici se présente une des questions les plus importantes que fasse naître notre organisation judiciaire : la Cour de cassation peut-elle, d'après la loi de son institution, casser un jugement rendu en dernier ressort, sur le seul motif qu'il y a eu fausse application, violation plus ou moins médiate d'un texte de loi ? Si l'on répondait affirmativement, nulles bornes ne sauraient être assignées à sa compétence, tout jugement, tout arrêt donnerait ouverture à cassation. Et, en effet, l'erreur sur le point de fait entraîne, par une conséquence inévitable, violation de la loi, en ce que l'on applique à tel cas, une disposition qui, d'après le vœu de la législation, devait régir une toute autre hypothèse. C'est ainsi que la fausse interprétation d'un contrat viole l'art. 1134, qui porte que « les conventions

légalement formées tiennent lieu de loi contre ceux qui les ont faites ».

Et les lois étrangères, dans ce système ? N'en parlons plutôt pas.

La Cour de cassation est établie pour fixer le *sens* et assurer l'*exécution* des lois judiciaires, pour suppléer le législateur, le prince, et pour offrir à la nation une garantie de ses droits civils. Or tout cela est sans rapport avec les lois des nations étrangères (Plaidoiries, Civ. 1^{er} février 1813, S. 1813.1. 113).

L'auteur de l'article de la *Thémis* va d'ailleurs nous renseigner à ce sujet :

Si, lorsqu'à raison de circonstances quelconques, notre législation n'est pas applicable, nos tribunaux peuvent, et doivent même recourir aux lois étrangères, et y puiser des éléments de décision, c'est qu'alors ils les considèrent comme la règle à laquelle les parties ont eu l'intention implicite de se soumettre. Telles que cette *raison écrite* dont les préceptes doivent suppléer au silence des lois positives, elles ne trouvent de sanction que dans la conscience du magistrat, et il n'entre pas plus dans les attributions de la Cour suprême, de casser un arrêt pour avoir violé ces mêmes lois, que pour avoir faussement interprété le texte le plus précis du Digeste ou du Code. (L'auteur trouve nécessaire d'ajouter :) Quant à la distinction entre les lois positives et celles qui ne sont que moralement obligatoires, loin d'avoir été rejetée par notre nouvelle législation, elle a été solennellement consacrée dans la discussion sur la loi du 30 ventôse an 12 (et il indique la référence).

Cette loi étrangère ne trouve de sanction que « dans la conscience du magistrat » qui a rendu la sentence du fond. Mais précisément, cet article fut écrit au sujet d'un arrêt de la Cour de cassation qui avait annulé la décision interprétant la dénisation anglaise dans le sens d'une naturalisation à l'étranger, qui faisait perdre la qualité de Français. Et pour justifier cette décision de la Cour de cassation, en même temps que l'application des lois étrangères en France, l'auteur estime qu'on pourrait considérer les parties comme ayant adopté ces dernières par un acte

de volonté tacite. C'est déjà la construction qu'utilisera plus tard la Cour suprême en fondant ses cassations au sujet de lois étrangères sur la violation de l'art. 1134. A l'époque actuelle il nous semble peut-être singulier qu'on puisse fonder l'application d'une loi en matière de nationalité sur la volonté tacite des parties, car d'une part, l'autonomie de la volonté a essuyé bien d'échecs à notre époque, et d'autre part, la nationalité n'est plus guère considérée comme matière de droit privé ; mais telle n'était non plus la religion de la Cour de cassation. C'est le rôle et le caractère de la Cour de cassation qui commencèrent à se modifier.

Ce tribunal, destiné uniquement à annuler l'acte sacrilège des tribunaux judiciaires qui portait atteinte à la sainteté de la Loi telle qu'elle était édictée par le Pouvoir législatif, commença à donner dans « la plus détestable de toutes les institutions » et avoir une jurisprudence. Non seulement la violation formelle de la loi, ou tout au plus sa fausse application, qu'on pouvait encore faire rentrer dans sa mission, furent sanctionnées par la cassation ; de bonne heure on vit la cassation également intervenir pour fausse interprétation de la loi. De sorte que dès 1824, l'avocat Sirey put dire : « En un mot, il y a cassation toutes les fois que, sur l'effet, l'étendue et la sanction de la loi, il y a contravention aux *règles usuelles d'application*, aux *traditions de la magistrature*, à la *philosophie de la jurisprudence* » (Gény, p. 82).

De plus, une restriction formelle finit par tomber. Nous avons vu le rôle purement négatif de la Cour de cassation — elle cassait, mais ne pouvait imposer aux tribunaux, soumis à sa censure, aucune solution positive. Si, après deux cassations, il intervenait un troisième pourvoi fondé sur les mêmes moyens, elle était tenue à demander l'interprétation de la loi au Pouvoir législatif, auquel restait le

dernier mot. Ce système, quoiqu'atténué par la loi du 30 juillet 1828, subsista jusqu'à la loi du 1^{er} avril 1837 qui abolit définitivement le référé législatif. Rappelons que cette dernière loi, qui nous régit aujourd'hui, dispose qu'après une seconde cassation, fondée sur le même motif que la première, la troisième juridiction saisie doit se conformer à la décision de la Cour suprême, sur le point de droit jugé par elle. Mais qu'est-ce dire ? Que la Cour de cassation peut maintenant *imposer* son opinion aux juridictions inférieures.

Parallèlement, l'évolution intérieure continua. De bonne heure, la Cour de cassation arriva à casser non seulement pour contravention à un texte exprès de la loi, mais également pour violation d'un principe universellement reconnu sans être consacré par une loi formelle, comme la règle « nul ne plaide par procureur », ou le secret des lettres confidentielles (Garsonnet, N° 941).

Il y eut même chose bien plus importante, et dont les conséquences devaient finir par changer toute la face de la Cour de cassation ; c'est que la Cour de cassation commença à apprécier les jugements non plus du point de vue de la loi, du point de vue du législateur, mais du point de vue du litige, du point de vue des parties.

La chose est aisée à comprendre : Ce n'est pas la loi qui introduit le pourvoi qui saisit la Cour de cassation, ce sont les parties ; les parties qui ne se rendent pas un compte exact du rôle de la Cour de cassation, qui ne voient dans cette juridiction qu'un recours suprême contre les injustices dont elles se croient victimes ; les parties qui ont peu de souci de la loi, mais d'autant plus de leur procès, et qui ne soumettent pas la loi à la Cour de cassation, mais qui lui soumettent des litiges. Certes, la Cour de cassation ne devait connaître que la loi. Mais l'insistance

indéfatigable des parties eut son effet : Elle ébranla la foi de la Cour de cassation, qui finit par connaître des pourvois qui lui étaient soumis (Faye, p. 189).

C'est ainsi que la Cour de cassation devint un tribunal judiciaire ; tribunal suprême, parce que seul et dernier, connaissant souverainement de toute l'interprétation juridique — bien que sa compétence ne soit étayée par aucun texte précis, comme le remarque M. Gény, n'étant fondée que sur la coutume qui tire sa source des empiètements successifs de la Cour de cassation elle-même (Gény, p. 557 et 558).

Mais néanmoins, malgré le contrôle presque illimité de la Cour de cassation, il reste un domaine dont la connaissance lui reste interdite et sur lequel elle ne s'est aventurée qu'avec grande circonspection, car il existe des textes précis, c'est la connaissance des faits. En effet, le législateur de 1790, voulant soustraire son Tribunal de cassation à toute préoccupation étrangère à l'intérêt de la loi, lui interdit formellement de connaître du fond des affaires, dans un texte que nous retrouverons d'ailleurs en étudiant le côté technique de la cassation, et qui dispose dans les termes suivants :

Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires ; après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux, qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après.

De plus, un Avis du Conseil d'Etat, en date du 18 janvier 1806, approuvé par sa Majesté Impériale le 31 id., dispose :

Un *mal jugé*, une *fausse interprétation* de clauses écrites, une *décision erronée* sur des *faits litigieux*, une *inobservation d'usages*, ne sont pas des moyens de cassation. (S. I. I. I.).

Avant de procéder plus loin, il nous faut toutefois examiner une objection des auteurs. Nous avons vu que l'évolution de la Cour de cassation conduisit

celle-ci à connaître de la méconnaissance d'un principe universellement reconnu. Ne pourrait-on pas assimiler la loi étrangère à pareille maxime ? On le pourrait, mais ces principes juridiques, telle la règle « *locus regit actum* », font partie intégrante du droit national français, tandis qu'il en est autrement de la loi étrangère ; et quelles en sont les conséquences devant la Cour de cassation, nous nous en apercevons encore à évidence.

Regardons toutefois un peu la jurisprudence de la Cour de cassation quant à l'application des coutumes. Car même en rejetant toute distinction entre le droit national et le droit étranger comme le font certains auteurs en invoquant l'idée du droit et de la justice, on pourrait comparer la loi étrangère assez exactement à une coutume, une règle qui est appliquée quelque part, quoique non édictée par le législateur national ; la coutume à l'intérieur du pays, la loi étrangère à l'extérieur. Et ici, nous voyons que la Cour de cassation ne se prête à aucun reproche de partialité. En effet, sa technique, qui est d'ailleurs instructive, est absolument la même tant pour la loi étrangère que pour la coutume. Si la loi prescrit l'application de la coutume locale (les textes sont assez nombreux : art. 593, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1160, 1648, 1836, 1748, 1753, 1757, 1758, 1759, 1962, 1777, Code civ. ; diverses lois spéciales), gare au jugement qui se refuserait d'en tenir compte et passerait outre à l'application du droit commun. Il sera sans doute cassé pour violation de l'article de loi qui contient cette prescription de se conformer à un usage. Mais quant à la constatation de l'usage ou de la coutume, de leurs dispositions internes, c'est une question de fait dont la Cour de cassation ne peut connaître :

Mais attendu que la question de savoir quelle est la règle admise par un usage local est abandonnée à l'appréciation des

juges du fond, et que leurs décisions à cet égard ne sont pas soumises au contrôle de la Cour de cassation (Civ. 8 janvier 1912, S. 1912.1.168).

Même jurisprudence à l'égard des lois romaines appliquées en France, et qui « doivent être exécutées d'après l'usage et la jurisprudence du pays où elles ont été admises » (voy. Req. 9 avril 1811, S. 1811.1.184, « Que la Cour d'appel de Gênes... s'étant fondée sur la jurisprudence des tribunaux de ce pays, cela suffit pour justifier son arrêt »). Cette jurisprudence quant à l'application des coutumes fut d'ailleurs, de la part de MM. Lyon-Caen et Renault, l'objet des mêmes critiques que celle relative à l'application des lois étrangères (Lyon-Caen et Renault, N° 85), mais la plupart des auteurs l'approuvent. Et à juste raison : car soumettre l'interprétation des coutumes au contrôle de la Cour de cassation serait leur enlever toute souplesse qui est précisément leur raison d'être, on en ferait un texte rigide, dépourvu de vie et finalement inutile. Ceci à la différence des lois étrangères, dont la source d'évolution se trouve d'autre part.

C'est donc l'interdiction de connaître du fond des affaires qui est le motif allégué par la Cour pour décliner sa compétence au sujet de l'interprétation des coutumes. Si bien que quelques auteurs, hostiles à la jurisprudence de la Cour, ont cru pouvoir écarter ce moyen en disant qu'un usage n'est qu'une convention tacite, intervenue entre les parties, et qu'alors le tribunal, en contrevenant à cet usage, viole un principe fondamental du Code civil d'après lequel la convention forme la loi entre les parties (Glasson, t. II, p. 177). Inutile de refuter cet argument avec M. Glasson qui dit qu'il n'est pas exact qu'un usage soit toujours une convention tacite, au fait, il ne l'est jamais, pas plus que les lois étrangères. Mais retenons le moyen : il paraît que la Cour de cassation s'arroge le droit de connaître du fond des

affaires, *des faits*, en ce qui concerne l'interprétation des conventions. C'est sur l'art. 1134 d'ailleurs qu'elle a raisonné en rendant le célèbre arrêt Jullien (Cass. Civ. 23 février 1864, S. 1864.1.385), cassant pour violation de la loi étrangère. Laissons l'évolution de la jurisprudence tracée par Faye (p. 189), qui indique que jusqu'en 1876 la Cour se soit refusé ce contrôle, que depuis elle se reconnaît, citons plutôt des arrêts. Le premier nous fait voir d'une manière frappante la même technique qu'en matière d'usages ou de lois étrangères :

Attendu qu'il ne peut y avoir violation de l'art. 1134 Code civil, qu'autant que le juge, après avoir reconnu l'existence et déterminé le sens de la convention qui doit faire la loi des parties, se refuse à l'appliquer ou la modifie dans son application ; mais que l'interprétation qu'il en a faite dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation échappe au contrôle de la Cour de cassation, quelque erronée qu'elle puisse paraître (Req. 19 juillet 1876, S. 1877.1.53).

Ce qui avait déjà été relevé dans les plaidoiries Civ. 1^{er} février 1813 (S. 1813.1.113), tant pour les conventions que pour les usages :

En France, nos lois ordonnent aux juges de faire exécuter les *conventions* légalement faites, et les usages non abrogés ; si donc un arrêt se permet de refuser effet à ces conventions et à ces usages en reconnaissant leur *existence*, il y a moyen de cassation ; mais si les juges se trompent sur l'entente des conventions, ou sur la nature de l'usage, leur erreur ne peut offrir un moyen de cassation.

Citons toutefois un autre arrêt qui nous fera connaître la nouvelle jurisprudence :

Que si large que soit le pouvoir d'appréciation qui appartient aux juges du fond à l'effet de déterminer le sens et la portée de la convention des parties, il ne saurait aller jusqu'à leur permettre, sous prétexte d'interprétation de les dénaturer complètement ni surtout de les destituer de leurs effets légaux (Cass. Civ. 24 décembre 1888, D. 1889.1.415).

ou un arrêt plus récent :

S'il appartient aux juges du fait d'interpréter les conventions des parties, il ne leur est pas permis, lorsqu'elles sont claires, d'en méconnaître le sens et la portée, sous prétexte d'interprétation (Cass. Civ. 6 mars 1911, S. 1914.154).

Laissons de côté les distinctions subtiles indiquées par Crépon entre conventions claires et obscures ; entre l'existence des faits, la qualification et les conséquences ; et pour la qualification, entre l'appréciation matérielle, morale et légale. Retenons que cette appréciation des conventions est une suite du changement du caractère de la Cour, qui de gardien de la Loi sous les ordres du législateur, est devenue un tribunal dispensant de la justice aux parties. Retenons également les termes de la Cour, « dénaturer les conventions », ce n'est donc pas la constatation des faits qu'elle s'arroge, ce dont au surplus, par suite de sa constitution, il lui manque tous moyens, c'est de la *qualification* des faits qu'elle connaît. Et ce fait se réduit à un écrit qu'elle a sous ses yeux. Et précisons encore, cet écrit constitue un contrat bien français, que chacun des membres de la Cour peut apprécier, dont il connaît la portée des termes, qu'il pourrait avoir passé lui-même. Tel n'est pas le cas en matière de lois étrangères. Et même lorsque les parties se sont expressément référées à la loi étrangère, c'est toujours un contrat étranger, et même un contrat intentionnellement étranger, dont la Cour de cassation pourrait peut-être connaître si cela lui tenait à cœur, mais dont la connaissance ne lui est certainement prescrite par aucun texte, ni non plus par sa « philosophie ».

D'ailleurs, les conventions ne sont pas la seule matière où la Cour de cassation se soit essayée à connaître des « faits ». Regardons un peu l'énumération qu'en donne M. Faye (N^{os} 180 à 186) ; certaines

de ces matières ont d'ailleurs donné lieu à cassation pour violation de la loi étrangère :

- Appréciation des pièces de la procédure,
- Appréciation de la chose jugée,
- Contrats judiciaires,
- Impôts et tarifs,
- Enregistrement,
- Authenticité des actes,
- Formalités prescrites dans l'intérêt des tiers,
- Brevets d'invention (non pas la nouveauté de l'invention ni l'existence d'antériorités, mais le sens et la portée du brevet que la Cour a sous les yeux, la « loi du brevet »).

Est-ce pur hasard que toutes ces matières relèvent du droit public bien que soumises à l'appréciation de la juridiction civile ; alors que les conventions, que nous classons dans le droit privé, constituent la partie la plus importante et fondamentale de notre droit, qui parle d'autorité consentie même en matière de chose publique ? N'est-ce plutôt signe certain que, lorsque la Cour de cassation connaît des faits, c'est en matière importante, qui tient à cœur aux juges de la Cour ?

Avant d'en discuter plus loin, il nous reste toutefois à examiner ce qui est « le fait », à la différence « du droit », et c'est là un point sur lequel nous nous arrêterons quelque peu, car il est d'une importance capitale. La distinction du fait et du droit, en effet, forme la pierre de touche de la Cour de cassation : elle lui trace sa compétence, elle lui assure une place à part parmi les tribunaux.

Pour commencer avec le fait, la chose n'est point trop difficile : Le fait, dans le langage juridique, est tout simplement tout ce qui n'est pas le droit. La question se résoud donc à savoir ce qui est le droit.

Or, ce qui est le droit, les meilleurs esprits se sont efforcés à le définir depuis la plus haute anti-

quité — sans résultat, toutefois. Des résultats, certes, ont été obtenus, résultats admirables parfois, mais résultats tout subjectifs, valables pour l'époque à laquelle ils ont été exprimés, mais inexacts pour toute autre. Souvent même, ces résultats étaient des résultats intervertis — on attribuait le mot « droit » à cela précisément qu'il n'était pas à l'époque, mais ce qu'on aurait voulu qu'il fût. Et ce que désire une génération d'hommes est rarement ce que désire une suivante. En réalité, aucune définition du droit n'a survécu, bien qu'il en existe de nombreuses et merveilleuses, jettant une lumière très vive sur l'époque à laquelle elles furent exprimées : mais toutes sont différentes ; aucune n'est plus exacte. Car ce n'est pas que la définition du droit qui change, c'est le droit lui-même qui change, et qui change non seulement en son *contenu* mais également en son *essence*. Si nous regardons du côté du droit romain, que le « jus » des premiers temps de Rome, puissance surnaturelle, sacrée, force magique, est différent de l'« ars aequi et boni », technique des prudents qui édifièrent leurs constructions sur les conceptions nettes et arrêtées, presque tangibles, qui étaient le propre du génie romain ; et que cette « ars » était différente de la justice, « constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi », dans laquelle les faibles du Bas-Empire cherchaient une protection que les temps ne leur offraient plus.

Ne nous arrêtons pas aux définitions qui ont été émises autrefois, nous n'en finirions pas de les énumérer. Relevons toutefois que la Révolution, créatrice de la Cour de cassation, croyait au droit naturel, ce qui revient à fixer et pétrifier le droit, lui ôter toute vie, car bien qu'on s'inspire des Romains on n'arrivera point à ressusciter le génie des temps passés : les Romains, précisément, concrétisaient leurs

conceptions mais ne concrétisaient pas le droit, dont ils n'avaient que faire.

Mais regardons ce que le droit signifie pour nous, à l'heure actuelle. Nous avons un livre très soigné, qui, à la différence des autres, ne traite que de la définition du droit et pas d'autre chose, celui de M. Lévy-Ullmann : *La définition du droit*. M. Lévy-Ullmann y examine les définitions du siècle passé, et en arrive à celle-ci qui est la sienne :

Nous définirons donc le droit : la délimitation de ce que les hommes et leurs groupements ont la liberté de faire et de ne pas faire, sans encourir une condamnation, une saisie, une mise en jeu particulière de la force (p. 165).

C'est peut-être plus long et artificiel, mais en définitive tout aussi dépourvu de vie et de réalité que la définition de nos manuels de droit : les règles auxquelles est soumis l'homme vivant en société. De plus, en faisant intervenir l'idée de liberté, cette définition n'est-elle pas encore celle du siècle passé, dont les esprits étaient fort épris de cette liberté qui inspire notamment un autre livre sur la question, l'un des plus admirables, celui de M. Beudant : *Le droit individuel et l'Etat* ; nous nous soucions beaucoup moins de la liberté.

Mais délimitons d'après cela la compétence de la Cour de cassation !

Si nous tournons du côté des auteurs modernes, quelle diffusion d'ouvrages, quelles opinions divergentes et quelles affirmations extraordinaires ! Il y en a même de nombreux qui, selon l'expression délicate de M. Ripert, croient devoir faire une prière ardente devant l'autel désaffecté du droit naturel. N'en citons que deux, ceux qui ont le plus écrit sur la question. Depuis nombre d'années, M. Georges Renard publie chaque année un volume de philosophie du droit ; dans ces volumes il nous parle de tout

ce qu'en indiquent les titres (Le droit, la justice et la volonté ; Le droit, la logique et le bon sens ; Le droit, l'ordre et la raison ; La valeur de la loi) et nous informe qu'il croit au droit naturel. Mais ce qui est le droit, il ne nous le dit pas — pour cause du reste. M. Bonnecase, d'autre part, après nombreux autres ouvrages, vient de publier un livre imposant de plus de 700 pages, intitulé « Science du droit et romantisme ». C'est à la vérité un répertoire de tout ce que les auteurs modernes pensent du droit ; et nous constatons avec consternation qu'aucun ne pense la même chose que l'autre. M. Bonnecase, en s'aidant de la philosophie et de la littérature (il compare notre époque à celle du romantisme) y trace laborieusement son chemin ; et n'arrive pas à nous dire ce qui est le droit. Ce qui nous convaincra que la question de ce qui est le droit n'est pas trop facile.

En effet, elle est même insoluble, et aucune définition ne peut en être donnée. Nous devons nous résoudre à faire du droit sans pouvoir dire ce que nous faisons, à moins que nous ne voulions définir de la façon certes profonde, mais un peu vague : « Lorsqu'on ne me le demande pas, je le sais ; mais lorsque je dois répondre à quelqu'un qui me le demande, je ne le sais pas », comme St. Augustin définit une autre de ces notions fuyantes, le temps (rapporté par Spengler). Et à bonne cause ; n'est-ce pas là une des plus grandes utilités des mots, de nous dispenser d'un travail de raisonnement qui dépasse nos moyens ? La définition, jeu de la logique, s'adapte bien aux constructions de l'esprit humain, fondées sur conceptions abstraites, mais elle tombe impuissante devant la réalité vivante. Et reconnaissons-le, le droit n'est pas une « règle », pas plus qu'un raisonnement logique, il est une réalité douée d'une vie indépendante, en autres mots — un fait, un fait ne différant en rien d'un autre fait quelcon-

que. Il y a donc vanité à vouloir séparer droit et fait.

Et la chose est reconnue par certains auteurs, précisément en pratique, lorsqu'il s'agit de l'application du droit aux faits. Retournons à la Cour de cassation, reprenons une des matières dont celle-ci connaît au fond, l'Enregistrement par exemple. Écoutons M. Faye : « La question de fait et la question de droit sont ici intimement liées ; car c'est d'après la nature de l'acte, d'après la qualification qui lui appartient légalement, que l'impôt doit être perçu » (Faye, p. 200). En effet, lorsque la Cour de cassation connaît des faits, ce n'est que d'après les pièces écrites qui lui sont soumises ; elle en connaît par un moyen technique, la qualification, qui est moyen de droit. Mais qualifier on peut tout fait, aussi banal qu'il soit. Et ainsi on arrive à effacer toute distinction entre le fait et le droit, qui certes ne peut être faite avec netteté dans le droit actuel. Je m'en voudrais de ne pas citer les paroles de M. Gény :

C'est dans cette opération toute concrète, de l'application, qu'apparaît bien, à l'état aigu, l'impossibilité de séparer, par des limites mathématiques, le domaine du droit pleinement ouvert au contrôle de la Cour suprême, de celui des faits, qui doit lui rester fermé (Génv, p. 565).

Ici, comme toutes les fois que, dans la vie juridique concrète, on a voulu séparer le droit des circonstances de fait auxquelles il s'adapte, les empiètements sont inévitables et l'arbitraire seul peut trancher certains conflits (Génv, p. 566).

Pourtant, la distinction du droit et du fait, comme on est convenu de l'appeler, reste être la pierre angulaire de la Cour de cassation ; c'est elle qui la différencie des autres tribunaux qui, eux, connaissent des deux, alors que la Cour de cassation ne devrait connaître qu'en droit. Et en effet, malgré tous les empiètements de la Cour de cassation, il reste quelque chose de l'impossibilité pour celle-ci

de connaître des faits ; car sa constitution positive lui interdit d'en rechercher la preuve ou établir l'existence ; à moins que ces preuves et existence ne résultent des pièces produites devant la Cour. C'est là du reste le chemin qui nous conduira à comprendre cette distinction du fait et du droit : Examinons le côté technique de la cassation.

Si nous remontons aux textes qui ont institué la Cour de cassation, nous lisons :

Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal de cassation ne pourra connaître du fond des affaires ;

et un peu plus loin, dans le même § 3 de la loi du 27 novembre, 1^{er} décembre 1790 :

Il annulera toutes les procédures dont les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi.

Il est curieux de constater qu'aucun de ces textes ne parle du fait et du droit, l'un dit qu'elle ne connaîtra pas du *fond* des affaires et l'autre qu'elle n'examinera que des *jugements*. Le même résulte de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, qui a précisé le rôle pratique de la Cour en énumérant les cas de cassation :

La justice est rendue souverainement par les cours d'appel ; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi. Les arrêts qui... (suit l'énumération des formes prescrites à peine de nullité), ...qui n'ont pas été rendus publiquement, ou qui ne contiennent pas les motifs, sont déclarés nuls.

Il en résulte que c'est uniquement des jugements que la Cour de cassation peut examiner, et ces jugements, elle ne peut les examiner qu'au point de vue des formes (parmi lesquelles rentrent la contrariété des jugements, l'incompétence, et la conformité à la loi avec l'excès de pouvoir). Ce n'est donc que des

jugements, des pièces écrites, que l'on peut discuter devant la Cour de cassation, et un fait qui ne résulte pas de ces pièces écrites qui constituent le jugement, ne saurait être invoqué devant elle. Même si, par curiosité, la Cour de cassation voulait vérifier ce fait, elle n'en aurait aucun moyen, aucune procédure ne lui permettant d'en ordonner la preuve. En effet, nous l'avons vu, lorsque la Cour de cassation connaît parfois de l'interprétation des conventions et d'autres « faits » similaires, c'est uniquement de faits résultant des écrits produits devant elle. C'est bien une trace du soin qu'avaient ses instituteurs de la soustraire à toute préoccupation étrangère à l'intérêt de la loi ; et c'est aussi celle de ses limitations dont la Cour arrive le plus difficilement à s'affranchir. Le mot Sirey en tête de son premier volume (S. I. I. I.) reste toujours vrai :

La Cour de cassation ne connaît pas du *fond* des procès ; elle ne juge pas le *différend* des parties ; elle ne juge que les arrêts ou jugements en dernier ressort.

Du reste, cette limitation mise de côté, elle aurait cessé d'être un tribunal extraordinaire pour devenir une juridiction d'appel.

Nous touchons ici à un point qui intéresse l'application des lois étrangères, en tant qu'il a souvent servi à les écarter devant la Cour de cassation, c'est *l'interdiction des moyens nouveaux*. En effet, l'application de la loi étrangère ne peut être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation lorsqu'elle n'avait pas été réclamée devant les juges du fond :

Attendu qu'il résulte des conclusions de la demanderesse, insérées aux qualités de l'arrêt attaqué, que pour justifier le refus de transporter le colis qui lui avait été présenté par la Compagnie des chemins de fer du Nord, elle a uniquement invoqué la loi française, notamment l'art. 49 des conditions d'application des tarifs généraux aux transports à grande vi-

tesse par chemins de fer français ; qu'elle ne peut donc soutenir pour la première fois devant la Cour de cassation qu'il y avait lieu de juger la contestation conformément aux règles d'une législation étrangère ; que ce moyen doit, en conséquence, être rejeté comme nouveau (Ch. d. fer South Eastern Railway, Cass. Civ. 26 décembre 1888, S.1889.1.334).

Attendu que l'application de la loi espagnole à la situation des mineurs d'Equivilley est proposée pour la première fois en cassation ; qu'elle n'a pas été soumise aux juges d'appel, que ce moyen exigerait des vérifications qui n'ont pas eu lieu par la faute du demandeur, et que, par conséquent, le moyen est irrecevable comme nouveau (D'Equivilley, Req. 15 juillet 1889, S. 1889.1.412).

Pourquoi cette interdiction des moyens nouveaux ? M. Glasson l'explique comme suit : « Le demandeur, en effet, se plaint d'une violation de la loi et on ne voit pas comment cette violation aurait pu être commise du moment qu'il s'agit d'un moyen qui n'a pas été invoqué devant les premiers juges » (Glasson, t. II, p. 189). Ce n'est pas bien précis. On sait, en effet, que les arguments nouveaux, quoique non invoqués devant les juges du fond, sont admis devant la Cour de cassation, et la distinction entre moyens et arguments nouveaux est infiniment délicate à faire. De plus, la Cour a jugé qu'un moyen dont l'examen ne nécessite l'appréciation d'aucun fait qui n'aurait pas été porté à la connaissance des juges du fond, n'est pas mélangé de fait et de droit, et il peut, en conséquence être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation (Civ. 18 juin 1913, S. 1914.1.236). Ce qui va nous indiquer le sentiment de la Cour : est un moyen nouveau et non recevable celui qu'elle ne peut pas vérifier, c'est-à-dire celui qui ne résulte pas des pièces constituant le jugement dont elle doit connaître. Le raisonnement de M. Glasson se défend admirablement en omettant la violation de la loi et en soulignant le contrat judiciaire. Et certes, ce raisonnement peut in-

fluencer le sentiment de la Cour. Mais nous ne connaissons plus des « *judicia legitima* ». De même, une autre construction, l'ordre public, tel qu'il est entendu par la Cour, ne rime non plus avec cette explication ; en effet, la Cour admet les moyens d'ordre public, même s'ils n'ont pas été invoqués devant les juges du fond :

Attendu qu'en matière d'impôts, les moyens opposés sont d'ordre public et peuvent être invoqués devant la Cour de cassation, lors même qu'ils ne l'auraient pas été en première instance (Cass. 9 avril 1856, D. 1856.1.157).

Attendu qu'en matière d'impôt, les moyens présentés sont d'ordre public et peuvent être soumis à la Cour de cassation, alors même qu'ils n'auraient pas été formulés devant le tribunal (Cass. Civ. 11 janvier 1909, S. 1912.1.49).

« Mais même les moyens tirés de l'ordre public ne peuvent pas être invoqués, pour la première fois, en cassation, lorsqu'ils ne sont pas établis en fait par des documents positifs. Il faut que leur preuve soit faite, puisque la Cour de cassation ne peut jamais l'ordonner » (Glasson, t. II, p. 191). Il faut donc que ces moyens « nouveaux », même d'ordre public, se trouvent indiqués, en fait, dans le jugement soumis à la Cour de cassation. Ce qui a lieu en matière d'impôts, qui a été mentionnée autre part.

Or, en matière de lois étrangères, la solution est évidente. La loi étrangère n'ayant pas été invoquée devant les juges du fond, elle ne se trouve mentionnée ni dans le jugement ni dans les qualités ou conclusions. La Cour de cassation ne pouvant en ordonner la preuve, ne peut, par suite, connaître du pourvoi.

Nous voyons donc que certains faits, ceux dont la preuve ne résulte pas directement de la décision attaquée, échappent au contrôle de la Cour de cassation d'une façon toute matérielle, pour la bonne raison que la Cour de cassation n'a aucun moyen de

les contrôler. Or, la Cour de cassation, ayant abandonné le rôle ingrat de gardien de la loi pour devenir un troisième degré de juridiction, se trouve aux prises avec le fait que le législateur (qui l'avait instituée comme gardien de la loi) n'avait prévu pour elle aucun moyen de vérifier le fait des causes. Ne pouvant procéder à des enquêtes, ne pouvant convoquer ni témoins ni experts, elle est tenue de prendre le fait des causes tel qu'il résulte des pièces écrites constituant le jugement attaqué — ce dont, du reste, elle a appris à tirer tous les avantages, comme nous le verrons précisément en matière de lois étrangères. Ici, toutefois, nous arrivons enfin à la distinction du fait et du droit.

La Cour de cassation, étant appelée par la loi à ne juger qu'en droit et non en fait, s'incline devant la loi ; elle ne juge qu'en droit et non en fait. Mais le droit, pour la Cour de cassation, est tout ce qu'elle a le moyen de connaître, *qui n'exige pas de preuve ni de vérifications matérielles*, auxquelles la Cour de cassation ne pourrait procéder. Le droit, c'est d'abord le texte des Codes, la Loi publiée au Bulletin des lois ou Journal officiel, qui se passent de preuve parce qu'un exemplaire se trouve sur la table, devant la Cour. Le droit, c'est ensuite la qualification des faits, qui est faite selon ce qui bon semble à la Cour sans exiger des vérifications matérielles. Mais le droit, c'est encore tout fait matériel dont la preuve résulte des qualités d'un jugement, tel que l'appréciation d'un contrat dont le texte y est inséré.

Le fait, d'autre part, est tout ce que la Cour de cassation n'a pas les moyens de connaître, ce qui exigerait de nouvelles dépositions de témoins ou commissions d'experts. Mais comme nous le verrons plus loin, le fait est aussi tout ce dont la Cour de cassation pourrait connaître, mais dont elle ne veut pas connaître.

Pourtant, nous avons dit que la Cour de cassation n'examine que des jugements. Comment arrive-t-elle à connaître du fait des causes ? Entrons plus loin dans la technique de la Cour de cassation qui procède des dernières paroles de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 : « Les arrêts... qui ne contiennent pas les motifs sont déclarés nuls ». C'est par les motifs qu'elle connaît des faits de la cause, qu'elle entre dans le litige et en domine la décision ; et faisons une constatation que nous fixera sur le rôle véritable de la Cour de cassation : parmi les moyens invoqués par la Cour pour justifier ses arrêts de cassation, le défaut, l'insuffisance ou la contrariété des motifs sont ceux que nous rencontrons de beaucoup le plus souvent.

Or, quel cas elle fait de la loi lorsqu'elle connaît ainsi des faits, nous le verrons en matière de motifs erronés. Ici, elle déclare qu'un motif erroné ne saurait suffire à entraîner la cassation d'un arrêt dont le dispositif se justifie d'autre part par un motif juridique (Civ. 7 décembre 1886, S. 1887.1.70) ; que l'erreur de motifs dans une décision ne saurait donner ouverture à cassation, si le dispositif ne viole aucune loi, et s'il se justifie d'ailleurs par les autres motifs (8 juin 1872, S. 1872.1.256). Autrement dit, pas de cassation lorsque le dispositif rencontre l'approbation de la Contr. La solution est du reste expressément consacrée par l'art. 411, Code instr. crim., portant que l'erreur dans la citation de la loi pénale ne donne pas lieu à cassation, lorsque la peine prononcée est celle qui s'applique au crime.

Pourtant, reconnaissons, la loi, la règle abstraite du législateur de la Révolution, n'est jamais réellement violée si ce n'est par un jugement donnant dans ses motifs une citation erronée de son texte. Toute autre violation fait partie intégrante d'un fait, dont précisément la Cour de cassation ne devrait pas con-

naître. Or, nous voyons, la Cour de cassation pardonnera la plus expresse violation du texte de la loi dans les motifs d'un jugement, lorsque le dispositif se maintient par d'autres considérations.

A une exception près : il ne faut évidemment pas qu'il y ait contradiction de motifs. L'arrêt qui reconnaît la nationalité de mineurs étrangers et leur mode de représentation en justice, mais déclare néanmoins valable la vente d'immeuble dans laquelle ceux-ci ont été représentés suivant la loi française, est cassé (arrêt Antoniotti, Cl. 1924.163) ; d'autant plus qu'en droit interne, les règles relatives à la protection des incapables sont considérées comme d'ordre public (Glasson, t. II, p. 190). Mais c'est cassé pour contradiction de motifs et non pour violation de la loi étrangère.

Or, s'il est établi que certains faits échappent matériellement au contrôle de la Cour de cassation, nous avons vu d'autre part la tendance de cette Cour à étendre sa compétence. Et n'arrivant à étendre son contrôle au-delà des pièces constituant le jugement qui lui est déféré, elle imagina un autre moyen, assez récent d'ailleurs : C'est déclarer ces pièces incomplètes et casser pour « défaut de base légale ». M. Faye déclare que cette cassation interviendra « lorsque les motifs ne permettent pas à la Cour d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été, ou non, respectée dans le dispositif » (Faye, p. 86). Certes, l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 permet et ordonne même à la Cour de cassation de casser les arrêts qui ne contiennent pas les motifs ; ce dont la Cour s'est autorisée à examiner les motifs au point de vue de la loi. Elle peut toutefois aussi les examiner au point de vue de la cause. Mais là, il est clair qu'en exigeant des motifs pour chaque détail, la Cour arrive, en fait, à contrôler le fond de l'affaire. Retenons ce « défaut de base légale », qui a assez souvent servi à casser

des décisions impliquant l'application de lois étrangères. Citons l'arrêt Roukia, au sujet de la date certaine d'un acte passé en Turquie :

Attendu que l'arrêt attaqué, pour rejeter les conclusions de la défenderesse sur ce point, s'est borné à dire que celle-ci « invoque vainement, comme pouvant donner date certaine à ces obligations sous seing privé, les attestations de témoins qui n'ont été reçues en Turquie que plusieurs années après la date attribuée aux créances » ; que ce motif ne permet pas de reconnaître si le juge a entendu appliquer, en l'interprétant, la loi ottomane, ou s'il a voulu en dénier l'application ; que, par suite, il n'a pas justifié celle qu'il a faite à la cause de l'art. 1328 susvisé (Cass. Civ. 23 mai 1892, Cl. 1892, 1176).

ou l'arrêt Viditz, au sujet de la capacité d'agir en justice d'une Anglaise d'origine, mariée à un Autrichien sous le régime du « trust » :

Attendu, dès lors, qu'en refusant d'examiner si le statut personnel de la dame Viditz lui conférait le droit d'intenter avec la seule autorisation de son mari les deux actions dont elle avait saisi les tribunaux français, l'arrêt attaqué a omis de donner une base légale à sa décision et a violé l'article ci-dessus visé (art. 3, Code Civil). (Cass. Civ. 29 juillet 1901, S. 1903.1.73).

ou l'arrêt Bouillon :

Attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué que tous les faits retenus à la charge des prévenus sous la qualification d'extorsion de fonds ont été commis en Suisse ; que dès lors, il appartenait à la Cour d'appel de rechercher si ces faits étaient également punis par la législation en vigueur au lieu de leur perpétration ; qu'à défaut d'une justification à cet égard, *renfermée dans l'arrêt*, celui-ci manque de base légale et doit être cassé (Cass. Crim. 17 janvier 1913, Cl. 1913, 188).

Il serait prématuré d'affirmer que la Cour aurait cassé pour non-application de la loi étrangère et citer ces arrêts en faveur de cette thèse. Certes, la fausse application de la loi française est le moyen qu'invoque la Cour de cassation pour casser les décisions ayant appliqué cette loi française à des situa-

tions qu'elle estime relever du droit étranger. Mais cette fausse application n'est invoquée que lorsque la Cour veut casser une décision, pour des raisons parmi lesquelles n'entre certes pas la préoccupation de la loi étrangère. Des décisions comme celles citées plus haut signifient tout autre chose : Que la Cour ressent ne pouvoir juger au fond, que sa curiosité n'est pas satisfaite ; qu'elle voudrait juger des faits, ce que les pièces de procédure qu'elle a sous les yeux ne lui permettent toutefois pas. Et comme tous les moyens d'instruction lui sont refusés, elle ressort à celui dont elle dispose : la cassation.

Ceci pour la tendance de la Cour de cassation à étendre sa compétence. Mais il y a aussi un courant contraire, une tendance à limiter le champ de sa connaissance, et c'est cette dernière qu'il nous faut examiner à présent, pour arriver à une image juste de la Cour de cassation et pour comprendre sa jurisprudence en matière de lois étrangères.

Cette dernière tendance, elle s'explique d'abord par la vieille maxime : De minimis non curat praetor ; elle s'explique aussi par l'élément humain de la justice, les sympathies et antipathies de la Cour. Et reconnaissons, cet élément humain jouera un rôle bien plus important devant la Cour de cassation que devant les autres juridictions : d'une part, cette Cour rend les arrêts les plus souverains ; d'autre part, elle n'est nullement tenue de juger, la loi ne lui prescrivant de sanctionner que la violation du texte de la loi.

Citons encore M. Génv, on ne saurait mieux le dire :

Même, la loi de son institution ne lui impose de prononcer la cassation d'un jugement, que pour contravention expresse à la loi. Hors de là, et par quelque mobile qu'elle se dirige, elle ne se soustrait à aucune injonction impérative, elle

ne se dérobe pas à sa mission sainement comprise, en rejetant le pourvoi contre une décision qui ne lui paraît pas formellement condamnable (Gény, p. 569).

Si la loi n'est pas violée (et cette loi, c'est un acte édicté par le législateur et inséré au Bulletin des lois — conclusions de l'avocat général Hello), la Cour de cassation est libre de casser ou de ne pas casser, et elle ne cassera pas si l'esprit d'équité, si la philosophie de ses membres ne sont pas offensés.

Ne critiquons pas cette solution. La Cour de cassation doit être ménagère de sa cassation. Car bien que la Cour de cassation, pas plus que les autres tribunaux, ne puisse prononcer par voie de disposition générale et réglementaire, bien qu'elle ait changé d'opinion plusieurs fois sur le même point de droit, ses arrêts font jurisprudence, un peu à la manière des arrêts de règlement des parlements, et sa cassation ne doit intervenir, tout comme les anciens arrêts de règlement, que « quand la matière est de conséquence, qu'elle arrive souvent, et que leur autorité peut s'étendre jusqu'à les déterminer pour toujours » (Gény, p. 572). Et certes, plutôt que décider arbitrairement un point de droit indécis, ne vaut-il pas mieux de laisser passer indifféremment les opinions divergentes, qui arriveront d'elles-mêmes à indiquer la solution adéquate ?

En pratique, néanmoins, il en résulte qu'en bien de cas la Cour de cassation peut casser ou ne pas casser, selon bon lui semble, selon que les parties et la cause l'intéressent ou la laissent indifférente.

Ce que ce chapitre nous aura montré, c'est que la compétence de la Cour de cassation n'est pas tracée par la loi, qui ne saurait indiquer la distinction

entre le droit et le fait, mais par la procédure, qui lui interdit la connaissance des faits, en ne s'y prêtant pas. Pour que la Cour de cassation puisse juger, il faut d'abord qu'elle ait les moyens de juger. Il faut ensuite qu'elle veuille juger, car elle n'est pas tenue de juger.

DEUXIEME PARTIE

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

Nous avons dégagé les deux prémisses : d'une part, que la loi étrangère n'est pas une loi qui est appliquée en France, mais n'est qu'un fait qui est pris en considération ; d'autre part, que la Cour de cassation, de dépendance du Pouvoir législatif, est devenue un tribunal judiciaire, qui, malgré certaines limitations matérielles, est arrivé à juger le fait des causes si elle veut, mais qui, par suite de ces limitations matérielles, peut aussi ne pas juger le fait des causes, si elle ne veut pas — que cette Cour assure en outre l'unité de la jurisprudence est un effet du pur hasard, parce que la Révolution n'a pas institué deux tribunaux de cassation. La conclusion de ces prémisses est la jurisprudence de la Cour de cassation. Or, cette jurisprudence a formulé ses conclusions en deux règles formelles, deux principes de « droit », à l'aide desquels elle étaie ses arrêts. Ces règles formelles, nous les avons énoncées tout au début de ce livre, ce sont l'« application » et l'« interprétation ». Ici, nous les décrirons en détail ; ce sera l'objet de notre premier chapitre.

Dans le chapitre suivant, nous poursuivrons cette double règle dans l'application pratique. Nous n'aurons pas de peine à établir que le système de la Cour de cassation n'est pas, en pratique, aussi net qu'il paraît, et qu'au contraire, il souffre d'une grande imprécision (chapitre II).

Les raisons de cette imprécision nous seront faciles à reconnaître. Ce sont d'abord des raisons qui s'imposent à la Cour de cassation car elles résultent de la nature des choses, de la manière dont la question se présente à elle (chapitre III).

Ce sont ensuite des motifs plus psychologiques, tirés de l'attitude que la Cour de cassation elle-même désire avoir à l'égard des lois étrangères, selon les espèces. Nous verrons alors que la Cour de cassation a su, tout en paraissant respecter le système qu'elle posait, utiliser les ressources techniques à sa disposition pour conserver une grande liberté d'action (chapitre IV).

Dans un dernier chapitre, enfin, nous aurons à apprécier le système de la Cour de cassation, quant à sa légalité et quant à ses conséquences pratiques.

I. DESCRIPTION DU SYSTEME DE LA COUR DE CASSATION

Ainsi que nous venons de le dire, nous nous trouvons en présence de deux règles formelles, l'« application » et l'« interprétation », qu'il nous faut examiner maintenant en détail. Nous le ferons en autant de sections de ce chapitre.

1. — *L'application.*

Nous avons déjà indiqué qu'il y a eu évolution de la jurisprudence en ce qui concerne l'« interprétation ». Or, si nous regardons l'« application », nous constatons une semblable évolution, que toutefois nous serons mieux à même de comprendre après les développements qui précèdent. En effet, rappelons-nous que les textes de la Révolution ne connaissaient qu'une Loi, la loi des Français. Les quelques textes qui se réfèrent à la loi étrangère n'étaient faits que dans le seul intérêt des Français, la loi étrangère étant le fait matériel permettant le jeu de la loi française. Et lorsque la loi étrangère surgissait quand même, surtout à cause de la personne des plaideurs auxquels la loi civile n'était pas applicable, les juges avaient l'habitude de décliner leur compétence. Car la justice était liée à la loi ; les art. 14 et 15, Code civil, consacrent d'une façon saisissante l'ancienne règle que les Français ne connaissent d'autres juges que les leurs. L'édit de 1778 avait déjà défendu à tout Français de traduire un Français devant des juges étrangers, et si absolue fut cette solution que la Cour de cassation dut procla-

mer, en 1810, que cet édit ne défend pas de réclamer des juges étrangers l'emploi de la force publique pour l'exécution d'un titre paré (S.1810.1.241).

Si les Français étaient obligatoirement soumis à leurs juges, quoi de plus naturel que de renvoyer les étrangers, lorsqu'il s'agissait de l'application de la loi étrangère, devant les juges étrangers ? Dans ces conditions la loi étrangère n'était jamais applicable, et il ne pouvait s'agir que de l'application de la loi française. En effet, il ne s'agissait que de l'application de la loi française, et le seul cas qui pût soulever des difficultés était celui de savoir si le bénéfice de la loi française pouvait être accordé à des étrangers. Citons deux arrêts de cette ancienne jurisprudence, qui nous feront comprendre que c'était là une question d'opportunité.

La loi transitoire du 26 germinal an XI avait proscrit toute action en nullité des divorces prononcés durant la Révolution. Or, durant la Révolution, la dame de Latour-Saint-Igest avait fait prononcer la dissolution de son mariage avec le sieur Mac-Mahon, pour cause d'absence. Le général Mac-Mahon, toutefois, ne voulant accepter le divorce, souleva l'exception de son extranéité. La Cour d'Orléans fit droit à sa demande. La Cour de cassation, par contre, siégeant en « sections réunies » (22 mars 1806, S.1806.1.225) annula cet arrêt de la Cour d'Orléans, pour confirmer la dissolution du mariage. Si nous en demandons les raisons, lisons la plaidoirie de M. Merlin, procureur-général-impérial :

Or, le législateur pouvait-il envisager de sang-froid les suites qu'aurait eues l'annulation de ces divorces, s'il n'eut pas fermé la porte à toutes les réclamations dont ils auraient pu être l'objet ? Pouvait-il exposer des femmes qui, un acte régulier de divorce à la main, s'étaient remariées publiquement et avec toutes les solennités de la loi, à la honte de n'avoir été dans les bras de leurs nouveaux époux, que de viles et infâmes concubines ? Et les enfants nés de ces seconds mariages

qu'il avait lui-même permis; qu'il avait lui-même protégés, pouvait-il les exposer à l'opprobre de n'être que des bâtards adultérins ?

La Cour était émue. Et elle cassa en employant un procédé significatif, en invoquant l'ordre public.

Quelques années plus tard, dans une affaire similaire, la même loi du 26 germinal an XI devait servir la solution contraire (la dame Gnudi c. le général Kellermann, comte de Valmy, Req. 25 février 1818, S.1819.1.41). La dame Gnudi, mariée au marquis Aldrovandini, Italien, s'était constitué, avec la complicité du général Kellermann, un domicile fictif à Aix, ce qui l'autorisa à faire prononcer son divorce par le ministre français à Milan, pour épouser ensuite le général Kellermann. Plus tard, toutefois, le général Kellermann, las de son mariage, souleva la nullité du divorce de la dame Aldrovandini et réussit ainsi à faire prononcer la nullité du second mariage, contracté par la dame Aldrovandini avec lui-même. M. le procureur général, cette fois-ci, plaïda pour la nullité :

Mais nous demandons s'il est possible d'appliquer une loi française, faite incontestablement pour les Français, dont le but évident et palpable a été de favoriser les époux résidant en France contre les époux émigrés ; nous demandons s'il est possible de l'appliquer à deux étrangers ?

et au sujet de l'ordre public :

Mais qu'importe pour la justice et pour l'ordre public tout ce que les passions et les folies des hommes peuvent produire de bizarre et de malheureux même dans les résultats ?

(ce qui nous fixera en même temps sur l'ordre public). Mais la Cour de cassation, convaincue, motiva son rejet :

Attendu que la dame Gnudi était étrangère à la France ; qu'étant dans les liens d'un mariage contracté en Italie avec le marquis Aldrovandini, italien, la résidence qu'elle a pu faire à Aix, même du consentement de son mari, n'a pu la soustraire

aux lois qui gouvernaient son état et sa personne, ni lui constituer un véritable domicile en France ; qu'ainsi le ministre Français à Milan, n'avait aucun caractère pour prononcer son divorce ; — Attendu que la loi transitoire du mois de germinal an 11, ne pouvait étendre son empire et ses effets au-delà du territoire Français, ni dissoudre ou former des liens entre personnes qui n'étaient pas sous la puissance de cette loi, qu'elle n'a pu conférer par conséquent le pouvoir au ministre de France de prononcer sur l'état de ces étrangers.

Quelques soient les raisons de fait qui motivèrent ces solutions différentes, retenons que ce n'étaient que des questions d'application de la loi française qui étaient portées devant la Cour de cassation (cette loi française, évidemment, n'était pas faite pour les étrangers, mais pouvait leur être infligée au nom de l'ordre public).

Mais n'oublions pas le rôle de la Cour de cassation en ce temps : elle devait juger la violation de la loi française, mais rien ne lui ordonnait de casser pour fausse application de cette loi française. Et en effet, lorsque la loi française était appliquée à des étrangers (sans tourner à l'avantage de ces étrangers, toutefois), la Cour de cassation se refusa à intervenir. La femme espagnole qui voulut se prévaloir de son incapacité de cautionner son mari, fut déboutée de sa demande, Req. Civ. 17 juillet 1833, D'Hervas c. Bonnar, S. 1833.1.663 :

Attendu que si l'art. 3 déclare que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger, il ne contient aucune disposition semblable ou analogue en faveur des étrangers qui résident en France ; d'où il résulte que l'arrêt attaqué ne peut pas avoir violé cet article ;

et la Cour de porter la question sur le terrain de l'application de la loi française, laquelle, comme on sait, n'a pas accueilli le sénatus-consulte Velleïen :

Attendu qu'aux termes de ce même article, les immeubles que les étrangers possèdent en France sont régis par les lois françaises...

Mais si la Cour de cassation ne jugea pas la fausse application de la loi française, elle jugea bien sa non-application — car la loi étrangère n'était pas une loi applicable devant la justice française, Delessert c. Mesnel et Robin, Cass. Civ. 9 juillet 1945, S.1845.1.566. Delessert, au Havre, avait prêté à la grosse au capitaine d'un navire portugais qui se trouvait à Portsmouth. A l'arrivée du navire au Havre, une contestation s'élevait entre le prêteur et les consignataires du navire. La Cour de Rouen jugea le prêt à la grosse irrégulier en la forme et donna raison aux consignataires. Mais la Cour de cassation jugea autrement, et elle cassa, en déclarant :

Attendu que les Français qui réclament en France le remboursement des sommes qu'ils ont prêtées à la grosse dans un pays étranger, et à des capitaines étrangers, peuvent valablement invoquer les principes du droit maritime consacrés par l'ordonnance de 1861 et le Code de commerce ; — Attendu que les dispositions de la législation portugaise, opposées par les défendeurs, et sur lesquelles repose l'arrêt attaqué, sont d'ailleurs conformes à celles de l'art. 234, Cod. comm., et que rien n'a constaté qu'elles dussent être interprétées d'une manière différente...

Ou Skottove c. Ferrand, Cass. Civ. 23 novembre 1857, S.1858.1.293. La Cour de cassation jugea que le mariage d'un Anglais avec une Française en France légitimait les enfants que celui-ci avait eus antérieurement de cette dernière, bien que la loi anglaise ne connaissait pas la légitimation (elle n'y fut introduite que par l'Act de 1926). La Cour de cassation motiva de la bonne foi de la mère, ainsi que des espérances qu'en consentant au mariage elle avait placées dans les lois de son pays, l'intérêt des enfants, victimes innocentes d'une faute commise contre l'ordre social, et invoquant l'ordre public elle cassa.

Or, il y eut évolution. En politique, on entra

dans l'ère du libéralisme ; en droit, en parallèle, on entra dans l'ère du conflit des lois. C'est à cette époque, en vérité, que fut élaborée la théorie du conflit des lois qui, précisément, ne pouvait se développer que sur les conceptions changées, bien que, pour en consacrer la légalité, elle fut rattachée de force aux textes (on en trouvait tout juste un, l'art. 3, Code civil, qu'on interprétait *a contrario*, puis quelques maximes non écrites de droit). Rendons nous compte que pour faire jouer le conflit des lois, qui, autrement dit, est une coordination des lois françaises et étrangères, il fallait avoir reconnu l'égalité de la loi française et de la loi étrangère, en espèce du moins, en tant que loi. On n'y arriva pas jusqu'au bout, par suite d'obstacles matériels, mais notre justice était invitée à user de cette fiction, par suite de l'ambiance des temps qui tendaient à reconnaître en l'étranger un être capable des mêmes droits que les Français. En tout cas, à partir de 1861, nous rencontrons des arrêts cassant parce que la loi française a été appliquée, *alors que la Cour suprême entendait appliquer la loi étrangère*. (En même temps, les arrêts cassant parce que la loi étrangère a été appliquée à la place de la loi française, disparaissent presque, sauf des hypothèses particulières comme l'arrêt Forgo du 24 juin 1878. Du reste, ces arrêts n'étaient jamais bien nombreux ; nous avons pu citer deux, Latour-Saint-Igest c. Mac-Mahon, où il s'agissait plutôt de savoir si la loi française devait être appliquée aux étrangers, et Skottove c. Ferrand ; nous pourrions ajouter Antonelli c. Garcia de la Palmira, Cass. Civ. 2 avril 1884, Cl. 1885, 77, et nous en avons probablement fini. L'explication est sans doute que les tribunaux inférieurs ne sont déjà nullement portés à appliquer inutilement le droit étranger.).

Le caractéristique de ces arrêts depuis 1861 est qu'ils tendent à appliquer abstraitement le conflit

des lois. Bulkley, Cass. Civ. 28 février 1860, S. 1860. 1.210, casse parce que la Cour d'appel avait refusé à une Anglaise, mariée et divorcée en Hollande, le droit de se remarier en France, où le divorce n'était pas permis à l'époque. La loi française avait été fausement appliquée à la place de la loi étrangère.

Comp. péninsulaire et orientale de Londres c. Jullien, Cass. Civ. 23 février 1864, S. 1864.1.385, casse parce que la Cour d'appel avait déclaré les armateurs responsables de la perte des bagages par suite de naufrage, bien que le contrat de transport ait été conclu à Hongkong et que la loi anglaise exonérât les armateurs en l'instance. La loi française avait été fausement appliquée à la place de la loi étrangère.

De même, Chem. de fer Alsace-Lorraine c. Granger, Cass. Civ. 31 mars 1874, S. 1874.1.385. La disposition de l'arrêté royal belge portant que pour les expéditions de charbon, les transporteurs n'ont pas à répondre du poids, si les wagons arrivent à destination avec leur chaulage intact, avait été écartée par le tribunal de commerce de Sedan, par l'unique motif que cet arrêté n'était pas applicable en France et ne pouvait nuire aux droits de nos nationaux ; la Cour de cassation casse (l'arrêt spécifie que la disposition en question ne méconnaissait pas le droit du destinataire de prouver l'existence d'une faute imputable à la Compagnie), la loi française ayant été appliquée à la place de la loi étrangère.

Benton c. Horeau, Cass. Civ. 24 août 1880, S. 1880.1.413. A la suite d'un échange passé à Londres entre un Anglais et un Français, il y eut contestation sur le montant de la soulte. L'Anglais offrit de faire la preuve par témoins. Les juges du fond se décidèrent en faveur du Français, l'art. 1341 C. civ. exigeant un écrit et prohibant la preuve testimoniale pour la constatation des obligations conventionnelles

dépassant 150 francs. La Cour de cassation cassa, par les motifs que l'article cité est inapplicable à un contrat passé à l'étranger entre personnes de nationalité différente ; que ce contrat est régi, quant à sa forme et son mode de preuve, par la loi du pays où il a été conclu, et non par la loi du pays où son exécution est poursuivie. La loi française avait été appliquée à la place de la loi étrangère.

Compagnie des charbons et briquettes de Blanzzy et de l'Ouest c. Davillier, Cass. Civ. 6 février 1900, Cl. 1900.605. Il s'agissait encore de la loi étrangère qui n'avait pas été appliquée, et qui cette fois fut motif pour casser un arrêt rendu entre deux Français. La contestation porta sur la propriété de la provision d'une lettre de change tirée de l'Angleterre sur la France. La maison Fry & C^o, de Cardiff, avait tiré sur la Compagnie de Blanzzy deux lettres de change, en règlement de marchés de charbon, lettres de change qu'elle passa à Davillier. Or, à l'échéance, la Compagnie de Blanzzy refusa de payer, objectant des créances sur la maison Fry & C^o, du fait de l'inexécution d'autres marchés de charbon. La maison Fry fut déclarée en faillite ; mais la Cour d'appel, constatant l'existence de la provision au moment de l'échéance, condamna la Compagnie de Blanzzy envers Davillier. Pourvoi en cassation par la Compagnie de Blanzzy, qui plaida que la législation anglaise ne donne au porteur d'une lettre de change aucun droit de propriété sur la provision, et que, du reste, cette lettre de change n'avait pas été acceptée en France. Et la Cour de cassation, à qui sans doute la Compagnie de Blanzzy parut un plaideur plus intéressant que Davillier, cassa l'arrêt, par les motifs :

Attendu que la transmission de la provision d'une lettre de change ne peut être opérée, comme celle du titre lui-même, que conformément aux prescriptions de la loi sous l'empire de laquelle le titre a été créé ; — Attendu que le porteur d'un titre

étranger, en acceptant cette valeur, l'a prise avec sa nature propre et s'est par là même soumis à la législation du pays où l'émission s'est effectuée ;...

Dans tous ces cas, on pouvait dire que les règles du conflit de lois avaient été appliquées de façon assez abstraite. Evidemment, les cassations étaient toujours basées sur la fausse application de la loi *française*, qui n'était pas applicable à la cause ; mais on écartait la loi française de la cause, même s'il devait en résulter un avantage pour les étrangers.

L'évolution, toutefois, continua, et avec l'arrêt Bari, Cass. Civ. 17 janvier 1899, S. 1899.1.177, nous entrons dans une époque nouvelle, l'actuelle, que peut-être nous appellerions la période du statut personnel. Certes, les règles du conflit des lois sont toujours proclamées les mêmes et appliquées d'une façon aussi abstraite et uniforme que possible, mais ce sont sans doute les faits matériels auxquels s'appliquent ces règles qui ne sont plus regardés avec les mêmes yeux, qui apparaissent sous un jour différent.

Il ne se présente pour ainsi dire plus de cassations en des espèces semblables à celles rapportées ci-dessus, concernant la loi applicable à des contrats passés à l'étranger. Sans doute, des questions pareilles sont agitées de plus en plus devant la Cour de cassation, celle-ci devenant de plus en plus un troisième degré de juridiction ; mais la discussion est portée sur un autre terrain, et non pas sur l'application de la loi étrangère. Il faut en chercher l'explication, d'une part, dans le caractère de la Cour de cassation qui, bien qu'elle juge de plus en plus des procès, n'est pas tenue de les juger et ne *veut* pas juger les procès étrangers ; et d'autre part, dans la conception de la loi étrangère, qui de moins en moins est considérée comme loi, l'égale de la loi française, mais à nouveau comme fait, utilisé par la loi

française. Les questions d'application de la loi étrangère deviennent ainsi des questions d'interprétation. Et l'interprétation de la loi étrangère est expressément écartée par la Cour de cassation hors de sa compétence.

Pour voir le procédé de la Cour de cassation, juxtaposons deux arrêts, les deux au sujet de la loi américaine du 13 février 1893, dite Harter Act, qui annule les clauses de non-responsabilité insérées dans les connaissements. (Au moment de cette loi, le commerce américain était obligé à recourir à la flotte étrangère par suite de l'insuffisance de la flotte nationale, et pour sauvegarder les intérêts des nationaux américains, l'Harter Act décida que toute clause de non-responsabilité des armateurs pour fautes commerciales du capitaine serait nulle, et que les armateurs ne pourraient s'exonérer que des fautes nautiques de ce dernier, et cela à condition de démontrer qu'ils aient fourni la « due diligence ».)

Req. 26 mai 1897, Michalinos et Cie c. Antenheimer, S. 1901.1.511 motive :

Attendu qu'en jugeant que la loi américaine du 13 février 1893 frappait d'une nullité radicale toute clause des connaissements ayant pour but d'exonérer l'armateur de la responsabilité encourue, non seulement à raison des fautes commises en général par le capitaine ou l'équipage, mais encore à raison des erreurs, insuffisance ou absence de marques des ballles reçues à bord, la Cour de Rouen n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'interprétation d'une loi étrangère ; que, se fut-elle trompée, sa décision ne donnerait point ouverture à cassation.

La clause de non-responsabilité est déclarée nulle, l'application du Harter Act est implicitement reconnue. Même solution dans les 4 espèces (4 arrêts de rejet) rapportées sous S. 1920.1.29.

Rej. Civ. 5 décembre 1910, American Trading Co. c. Québec Steamship Co., S. 1911.1.129, toutefois, reconnaît la validité de la clause de non-respon-

sabilité. Au lieu de raisonner sur la nullité de cette clause suivant le Harter Act, l'arrêt déclare que si le connaissement avait été établi à New-York, l'American Trading Company n'ignorait pas qu'il devait être exécuté en territoire français, où la clause est reconnue licite ; et la Cour de la Guadeloupe ayant étayé son arrêt par l'art. 1134, la Cour de cassation déclare que cette appréciation de l'intention des parties est souveraine.

Mais dans toutes les espèces où la clause de non-responsabilité avait été insérée dans un connaissement, établi en Amérique et couvrant un transport pour la France, on pouvait arguer de la validité de la clause suivant l'autonomie de la volonté, ou de sa nullité suivant la loi américaine. La Cour de cassation, toutefois, n'intervient pas, bien qu'il s'agisse de l'application de la loi étrangère ; elle porte la discussion sur un domaine différent, celui de l'interprétation. Certes, si nous considérons ces deux arrêts du point de vue des faits, ils sont parfaitement justifiables, ce sont des décisions équitables suivant les vues de la justice française ; si nous les considérons du point de vue du conflit des lois, de la loi applicable à un contrat de transport par mer, passé à New-York à destination d'un territoire français, ce sont des décisions contradictoires.

Pourtant, le principe que l'« application », le choix de la loi française ou étrangère, tombe sous le contrôle de la Cour de cassation, est toujours aussi inébranlable et toujours aussi jalousement soutenu par la Cour de cassation.

Mais, ainsi que nous l'avons laissé entendre, la Cour de cassation ne cassera presque plus qu'en matière de statut personnel. Mais là encore c'est trop compréhensif, on pourrait croire que la Cour de cassation aurait choisi une matière entre celles du conflit des lois, le statut personnel, qu'elle tiendrait

à examiner et à sanctionner. Il n'en est rien, la tendance de la Cour de cassation à ne pas connaître des procès impliquant choses et droit étrangers, tendance qui s'est raffermie après l'époque libérale du siècle dernier, cette tendance est tout aussi vive en matière de statut personnel qu'en autre chose. Mais là, néanmoins, il y a un point que la Cour de cassation tient à examiner, la ligne de séparation à observer entre Français et étrangers ; car il y a des droits qui sont reconnus aux Français mais qui ne le sont pas aux étrangers, non pas parce que la loi française les leur refuse (c'est un point de droit français qui, évidemment, tombe sous le contrôle de la Cour de cassation), mais parce que la loi étrangère ne les leur reconnaît pas. Citons plutôt quelques arrêts.

D'abord le fameux arrêt Bari, qui concerne les droits des collatéraux italiens dans une reconnaissance de paternité naturelle (Comte de Bari c. Cons. de Bourbon, Cass. Civ. 17 janvier 1899, S. 1899.1. 177). Cet arrêt, à la suite de M. Pillet, est continuellement cité comme ayant cassé la décision qui avait faussement interprété la loi étrangère. Regardons toutefois ce que dit la Cour de cassation :

Attendu que, devant la Cour d'Appel, les consorts de Bari ont soutenu que la loi italienne, à la différence de l'art. 339 Code Civil, ne permettait aux collatéraux de contester la reconnaissance d'un enfant naturel qu'autant qu'ils y auraient un intérêt pécuniaire né et actuel, que, cependant, l'arrêt a déclaré l'art. 339 applicable dans la cause, sous prétexte que l'enfant reconnu, l'un des défendeurs au procès, était Français à la date de l'assignation ; — Mais attendu que cette circonstance, qui suffisait pour fixer la compétence des tribunaux français, était sans influence sur la question de savoir si les contestants avaient qualité pour contredire la filiation dont cet enfant se réclamait, qualité qui était réglée, non par la loi française, mais par la loi italienne ; — D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait, l'arrêt a violé par fausse application l'art. 339 ci-dessus visé ; — Casse...

C'est bien dire que la loi française, loi civile, n'est *pas applicable* aux étrangers, surtout quand son application accorderait à ceux-ci des avantages auxquels ils n'ont pas droit suivant leur loi nationale.

Cette même considération explique une deuxième cassation (Hachim Mohamed ben Amer et Descours c. dame Billaro, Cass. Crim. 31 janvier 1902, S. 1903.1.247). Il s'agissait de la qualité d'une mère naturelle espagnole, qui réclamait des dommages-intérêts pour le délit dont avait été victime son fils :

Attendu que, pour faire écarter comme non recevable l'intervention de la dame Billaro, en qualité de partie civile et ayant déclaré agir comme tutrice naturelle et légale de Joseph Dalès, son fils mineur, les demandeurs au pourvoi soutenaient devant les juges d'appel que, la dame Billaro étant de nationalité espagnole, le rapport de parenté pouvant exister entre elle et le jeune Dalès devait être déterminé d'après les textes qui règlent le statut personnel en Espagne, et invoquaient l'art. 132, Code civil espagnol, aux termes duquel il est, suivant eux, formellement interdit au père qui reconnaît un enfant naturel de révéler le nom de la mère ; qu'à cette prétention l'arrêt a répondu que, s'agissant dans la cause de la recevabilité d'une action portée devant les tribunaux français, il ne saurait y avoir lieu de recourir à une législation étrangère ; — ... Attendu qu'en se refusant à recourir à la loi espagnole pour décider si la dame Billaro devait être tenue pour mère naturelle de Joseph Dalès, et en ne donnant à l'appui de son refus qu'un motif de droit erroné, l'arrêt attaqué a méconnu les dispositions de l'art. 3, Code civil, et violé l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810.

Nous pourrions aussi citer l'arrêt Antoniotti (Cass. Civ. 19 avril 1922, Cl. 1924, 163), qui casse pour contradiction de motifs, ce qui, incidemment, sanctionne les règles de protection des mineurs étrangers suivant leur loi nationale. Or, l'annotateur au Clunet, tout en approuvant l'arrêt au point de vue formel, le critique au point de vue pratique, en relevant le préjudice subi par les intérêts français.

En d'autres questions de statut personnel, lors-

qu'il ne s'agit pas d'avantages accordés à l'étranger, la jurisprudence de la Cour de cassation redevient réservée et aime à écarter les procès étrangers en les poussant sur le domaine de l'« interprétation ». Citons un arrêt en matière de nationalité, Otto Rée, Req. 21 juin 1922, S. 1922.1.256. Otto Rée était né au Brésil d'un père allemand, Brésilien *jure soli* suivant la loi brésilienne, Allemand *jure sanguinis* suivant la loi allemande. Il invoqua la nationalité brésilienne pour échapper à la séquestration de ses biens. La loi brésilienne et allemande étant inconciliables, il fallait *choisir la loi applicable*. Or, la Cour de cassation rejeta le pourvoi contre l'arrêt qui l'avait déclaré Allemand, en motivant :

Mais attendu que l'arrêt attaqué constate que, si la constitution brésilienne de 1891... investit de la qualité de citoyen du Brésil tout enfant né sur le territoire de la République, la législation allemande, s'attachant à la filiation, attribue la nationalité de leurs pères aux enfants nés à l'étranger de sujets allemands ; — Attendu que, dans ces circonstances, il appartenait à la Cour d'appel d'apprécier la loi étrangère fixant la nationalité d'Otto Rée ; que sa décision, à cet égard, fondée sur une *interprétation souveraine* de cette loi et des documents de la cause, ne saurait constituer qu'une appréciation de fait échappant au contrôle de la Cour de cassation.

Ce qui nous conduit à la question si la Cour de cassation cassera lorsqu'une loi étrangère est appliquée à la place d'une autre loi étrangère. Evidemment, lorsqu'une décision constate qu'un plaideur est Anglais et que, pour cette raison, on lui appliquera la loi italienne, cette décision sera cassée pour contradiction de motifs. Mais en pratique, les choses se présentent d'une façon bien plus compliquée. S'il peut y avoir hésitation entre l'application d'une loi étrangère et l'application d'une autre, c'est par suite des dispositions intérieures de ces lois étrangères et non des dispositions de la loi française, qui n'applique pas les lois étrangères mais ne fait qu'en utili-

ser les dispositions. On peut donc affirmer que la Cour de cassation, (à moins d'être intéressée par des circonstances particulières), n'interviendra pas lorsqu'une loi étrangère a été appliquée à la place d'une autre loi étrangère, nous venons de le voir à l'arrêt Otto Rée. Cette solution, du reste, ne laisse pas d'être logique ; ces lois étrangères étant appliquées en vertu de leurs dispositions intérieures, on retombe dans une question d'interprétation, dont la Cour de cassation déclare ne pas connaître en matière de lois étrangères.

2. — *L'interprétation*

Ici nous observons les mêmes 3 périodes, la première approximativement jusqu'en 1860, la deuxième jusqu'à la fin du siècle, la troisième à partir de la fin du siècle.

Durant la première, il ne pouvait s'agir de l'application de la loi étrangère, à plus forte raison il ne pouvait être question de son interprétation ; la seule loi qui était appliquée était la loi française, la loi étrangère étant un fait. Or, puisque la loi étrangère était un fait, il s'agissait donc de l'application de la loi française à un fait matériel, et il n'y avait pas lieu de distinguer entre l'application et l'interprétation de la loi étrangère. En effet, on ne distinguait pas entre l'application et l'interprétation de la loi étrangère, comme l'a déjà remarqué M. Appert. Néanmoins, et probablement même parce qu'on ne distinguait pas entre l'application et l'interprétation, peut-être aussi à cause du caractère encore indéfini de la Cour de cassation, qui d'une part subissait l'influence du Pouvoir législatif (si ce n'était pas celle de l'Empereur), et d'autre part cherchait encore la règle de sa compétence dans les procès dont

elle connaissait, il y eut à cette époque les cassations les plus marquantes pour *fause interprétation* de la loi étrangère, bien qu'elle fussent construites comme cassations pour violation de la loi française. Le fait matériel fut qualifié par la Cour de cassation comme exigeant une application différente de la loi française.

Husseman c. les lég. Vonthyssen, Cass. Civ. 24 août 1808, S. 1809.1.332. Vonthyssen avait institué en son testament ses 4 filles, dont deux étaient religieuses dans les abbayes de Rengerengen et Sterhat, en Prusse, et les deux autres dans l'abbaye de Benninghausen, en Hesse-Darmstadt. On était encore avant la loi du 14 juillet 1819, mais il y avait des traités avec ces pays. La Cour de cassation, toutefois, annule l'arrêt, pour attribuer la succession au neveu et seul héritier régnicole ; et son procédé ne laisse pas d'être intéressant. Elle part des deux articles aujourd'hui abrogés :

Vu les art. 726 et 912 du C.N., et considérant que de ces articles il résulte qu'une parfaite réciprocité est une condition nécessaire des droits qu'un étranger peut exercer en France pour recueillir ou transmettre une succession ;

et elle tient le raisonnement suivant :

Que cette réciprocité est exigée, non seulement de nation à nation, mais même de particulier à particulier ; — ... qu'un religieux prussien n'a aucune succession dont il puisse disposer ; qu'il ne peut conséquemment disposer en faveur d'un Français ;

que par conséquent, un Français ne peut disposer au profit d'un religieux prussien. Elle casse pour violation de la loi française ; en réalité, toutefois, c'est la loi étrangère qui avait été interprétée d'une façon autre que celle qui agréait à la Cour de cassation.

Tarchini c. Magnocavalli, Cass. civ. 1^{er} février

1813, S. 1813.1.113. Il s'agissait de la capacité de succéder d'un moine italien en France (l'Alexandrie faisait alors partie de l'empire français). Cette capacité, qui était invoquée pour succéder par représentation d'un moine milanais, avait été admise par la Cour de Gênes. Les débats de cet arrêt exposent magistralement la question si la loi étrangère peut donner ouverture à cassation en France (la France et l'Italie, bien que soumises au même prince, étaient néanmoins considérées comme deux monarchies distinctes et séparées). C'est là que nous relevons ce passage sur l'application des lois étrangères en France :

Allons plus loin : supposons qu'au lieu de l'état d'un moine Italien, il s'agisse de l'état d'un *Bonce* de la Chine, ou d'un *Talapoint* du Pégu ; la supposition n'a rien d'étrange, puisqu'on a déjà supposé que toujours la capacité se règle par la loi du domicile.

Le *Bonce* de la Chine et le *Talapoint* du Pégu ont évidemment frappé l'imagination des interprètes, car ils se trouvent toujours cités. Mais si l'application des lois étrangères faisait déjà des difficultés, il ne pouvait aucunement être question à cette époque de cassation pour violation de la loi étrangère. On laisserait donc ce moine italien succéder en France, alors que dans son propre pays cette capacité lui était refusée ? La loi française n'offrait pas de ressources, elle ne reconnaît pas la mort civile résultant des vœux monastiques. Et la capacité de succéder des Italiens en France et des Français en Italie était bien établie. Alors la Cour de cassation employa son moyen ingénieux : si la loi française ne reconnaît pas les vœux monastiques, la loi italienne les reconnaît (telle qu'elle était interprétée par la Cour de cassation, le point n'était pas contesté). Et si un Français peut succéder en Italie, un moine français ne peut pas succéder en Italie, donc un moine

italien ne pourra succéder en France, et elle casse pour violation des art. 725, 726, 11 et 912, Code Napoléon, en s'appuyant sur son propre arrêt du 24 août 1808, dans l'affaire des religieuses prussiennes de Vonthyssen.

Brunet c. Crewe, Cass. Civ. 19 janvier 1819, S. 1819.1.174, une troisième cassation pour fausse interprétation de la loi étrangère, bien que la Cour raisonne exclusivement sur l'art. 17, car casser pour violation de la loi étrangère aurait été impossible à cette époque en raison du caractère de la Cour. Brunet, qui avait obtenu une dénisation en Angleterre, se prévaut de sa qualité de Français pour exercer, contre son débiteur étranger, la contrainte par corps de la loi du 10 septembre 1807. La Cour de Rouen, assimilant la dénisation à une naturalisation, considère Brunet comme ayant perdu la qualité de Français. La Cour de cassation casse,

que, d'après les publicistes anglais, la naturalisation n'est acquise en Angleterre que par acte du parlement ; que la dénisation qui s'y accorde par de simples lettres royaux, n'y est est considérée que comme une concession de certains droits et libertés interdits aux étrangers, qui commence la naturalisation, mais qui ne l'accomplit point.

Mais dans la plupart des cas, évidemment, les pourvois étaient rejetés, et M. l'avocat général Hello, au sujet de l'affaire De Bonneval, Rej. Civ. 6 février 1843, S. 1843.1.209, résume le raisonnement des contemporains :

Nous appartient-il ensuite d'examiner ici, si la Cour de Rouen a bien connu et bien appliqué la loi anglaise ? Pourrait-on dire qu'en renvoyant pour l'observation de la forme à la loi anglaise, la loi française se l'est appropriée (quant à l'espèce), lui a communiqué sa force souveraine, et par conséquent la garantie de la cassation, si le juge français la méconnaît ou la viole ? La maxime *locus regit actum* ne saurait avoir cette portée : le juge français n'est obligé de connaître que la loi française ; aucune autre ne peut avoir pour lui le

caractère obligatoire d'une loi promulguée. La loi étrangère n'est pour nous qu'un fait du procès, susceptible d'être débattu comme les autres faits, sur lequel nous pouvons nous renseigner, par des documents graves, sans doute, mais qui ne sauraient jamais avoir pour nous le caractère officiel de notre Bulletin de lois. La seule obligation légale du juge français, en cette matière, est de suivre la forme étrangère ; quand il croit l'avoir découverte et qu'il l'a appliquée, il a rempli son devoir. Il lui suffit de déclarer qu'elle est telle, et si la conséquence qu'il en tire est légale, le magistrat de cassation doit s'arrêter, car il n'est pas le vengeur de la loi étrangère.

Ceci nous conduit toutefois déjà à la prochaine époque où l'on commençait à raisonner par conflit de lois, où l'on voulait reconnaître à la loi étrangère la qualité de loi (bien que la procédure devant nos tribunaux ne s'y prêtait pas), et nous arrivons à la construction fameuse, que la violation de la loi étrangère donne ouverture à cassation lorsqu'il y a violation expresse de la loi française, lorsque l'application de la loi étrangère a été commandée par un texte de loi français. En effet, il existe des textes qui se réfèrent à la loi étrangère (pour revêtir d'effet les actes authentiques que les Français pourraient passer à l'étranger) ; d'autre part, les lois d'institution de la Cour de cassation parlent de la violation expresse de la loi, de violation du texte de la loi : et nous avons les bases formelles sur lesquelles fut établie la légalité de la construction, que la violation de la loi étrangère donne ouverture à cassation lorsque l'application en a été consacrée par un texte exprès de la loi française.

Le fondement réel de cette construction fut évidemment la conception changée des lois étrangères et l'attitude libérale envers le commerce international, au service duquel fut mis le droit. Dans ces conditions, il ne suffisait évidemment plus de restreindre l'examen de la loi étrangère au seul cas où l'application en avait été consacrée par un texte exprès

de la loi française, on devait bientôt se contenter d'une simple maxime de droit français, tel la règle « *locus régit actum* » — mais on devait aller plus loin, et sans en proclamer formellement le principe, on cassa pour violation de la loi étrangère en partant de textes qui portent qu'on ne peut disposer que des choses qui sont dans le commerce. C'était là le texte exprès exigeant application de la loi étrangère :

Wyse c. de Sancy, Cass. Civ. 18 juillet 1876, S. 1876.1. 451. L'arrêt qui avait déclaré valable la mise en société d'une concession du bey de Tunis, bien que le décret beylical interdisait l'aliénation, est cassé pour violation des art. 1128, 1833 et 1598, Code civil.

Toutefois, puisque nous étudions ici la règle formelle, passons un peu en revue les arrêts dans lesquels la Cour de cassation énonce le principe, qu'elle cassera pour violation de la loi étrangère lorsqu'il y a contravention expresse à la loi française.

Seitz c. Friederich, Req. 15 avril 1861, S. 1861. 1.721, au sujet de la validité du mariage contracté à Griesheim, le 4 septembre 1788, entre S. A. Frédéric-Auguste, prince et landgrave de Hesse, et Caroline Seitz, mariage contre lequel on alléguait la clandestinité :

Attendu, d'ailleurs, que dans le cas où, comme le suppose le pourvoi, l'arrêt se serait trompé sur les exigences de la législation hessoise en 1788, cette erreur ne pourrait entraîner sa cassation, la Cour de cassation, instituée pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de la jurisprudence, n'ayant pas la mission de redresser la fausse application des législations étrangères, à moins qu'elle ne devienne la source d'une contravention aux lois françaises ; — Que vainement le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué la violation de l'art. 47, Code Nap., puisque l'arrêt s'est expressément conformé aux prescriptions de cet article en donnant foi à un acte de mariage passé en pays étranger, qu'il déclare, par une appréciation souveraine, avoir été rédigé dans la forme usitée dans ce pays ; — Rejette.

Pourtant, il s'agissait d'un cas où la loi française « renvoie » à la loi étrangère !

Les autres :

Attendu, d'ailleurs, qu'en supposant que l'arrêt attaqué ne se fût pas conformé aux dispositions de la loi de Brunswick, ce qui n'est nullement établi, cette contravention à la loi étrangère ne pourrait donner ouverture à cassation qu'autant qu'elle serait devenue le principe d'une contravention à la loi française, contravention qui n'est même pas alléguée par le pourvoi ; — Rejette (Req. 25 mai 1868, De Civry c. de Brunswick, S. 1868.1.365).

Que les arrêts des Cours d'appel ne peuvent pas, par conséquent, être cassés pour violation d'une loi étrangère, à moins que cette violation ne devienne la source d'une contravention expresse à la loi française (Comp. des Messageries maritimes c. Comp. Universelle du canal de Suez, Req. 23 février 1874, S. 1874.1.145).

Attendu que la violation des tarifs d'une Compagnie étrangère des chemins de fer, qui ne sont eux-mêmes que des lois étrangères, ne saurait à elle seule motiver la cassation d'un jugement ; qu'il faut de plus qu'il y ait atteinte portée à un texte de loi française (Chem. de fer P. L. M. c. Vincent et Lauquier, Req. 10 février 1892, S. 1892.1.317).

Attendu que les arrêts des Cours d'appel ne peuvent être cassés pour violation d'une loi étrangère, à moins que cette violation ne devienne la source d'une contravention expresse à la loi française (De la Narde c. Haas, Crim. 22 juin 1901, Cl. 1901, 979).

Nous constatons une chose curieuse : ce sont tous des arrêts de rejet. L'arrêt Wyse que nous avons cité, et qui n'applique pas le principe dans sa forme absolue, est à peu près le seul arrêt de cassation à cette époque. Nous nous rendons donc compte que, malgré ses dispositions de casser pour violation de la loi étrangère, malgré ses affirmations, en fait, la Cour de cassation ne cassait pas. Il y avait donc sans doute, en fait, quelque chose qui l'en détournait. Et en fait, le principe contraire, que la Cour de cassation ne connaît pas de la violation de la loi étrangère,

fut invoqué justement pour écarter les pourvois ayant trait à la loi étrangère.

Citons néanmoins un réel arrêt de cassation de la fin de cette époque, qui cassa pour violation de la loi étrangère, en l'espèce du règlement d'organisation judiciaire de la Cour d'appel d'Alexandrie : Ribeyre c. Mercinier, Cass. Civ. 27 novembre 1899, D. 1900.1.225. M^e Mercinier avait plaidé pour Ribeyre devant le tribunal mixte d'Alexandrie, pour lequel le règlement précité dispose que le montant des honoraires dûs à l'avocat par son client est fixé, à défaut d'accord entre les parties, par le juge devant lequel l'affaire a été plaidée. Or, M^e Mercinier avait porté sa plainte devant le tribunal consulaire d'Alexandrie, qui rejeta l'exception d'incompétence soulevée par Ribeyre ; et cette décision fut confirmée par un arrêt de la Cour d'Aix. La Cour de cassation, par contre, estimant Ribeyre dans son droit, annule cet arrêt de la Cour d'Aix, raisonnant sur la violation de l'art. 197 du règlement du 9 juin 1887, établi pour les procès mixtes en Egypte par la Cour d'Alexandrie, conformément aux pouvoirs à elle conférés par l'art. 37 du règlement judiciaire annexé à la loi du 17 décembre 1875.

Néanmoins, ce règlement de la Cour mixte d'Alexandrie, fait en vertu d'un règlement français, lequel était fait en vertu d'une loi française, participait autant de la loi française que de la loi étrangère ; de plus, les parties étaient Français. Il s'agissait en réalité d'un procès français, dont la Cour de cassation connaissait, et elle avait les moyens d'en connaître, puisque le règlement de la Cour d'Alexandrie était une pièce écrite, qu'elle avait sous ses yeux.

Ceci nous fera ressortir les caractères de la dernière époque, celle du XX^e siècle. Il n'y a pas grand' chose de changé, seulement la Cour de cassation

n'affirme plus, en principe, d'examiner la loi étrangère lorsque l'application en a été commandée par la loi française, elle rejette en bloc tous les pourvois alléguant la violation de la loi étrangère, et cela en motivant brutalement :

Attendu qu'il est fait grief aux juges du fond d'avoir confié la garde de l'enfant commun à sa mère sans rechercher si la législation italienne autorisait une semblable mesure ; — Mais attendu que la violation d'une loi étrangère dont l'interprétation ou l'application est une question de fait soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, échappe au contrôle de la Cour de cassation (Comte de Bari c. dame de Bari, Req. 26 décembre 1917, Cl. 1918, 714).

cela bien que la théorie du conflit des lois ait été de plus en plus affinée, bien que la Cour de cassation soit devenue de plus en plus un tribunal judiciaire qui a la possibilité de connaître des faits et par suite de la loi étrangère. Et si nous considérons ces faits, nous nous rendons compte que la maxime a reçu une utilité nouvelle, elle n'est plus la maxime que la violation de la loi étrangère donne ouverture à cassation lorsque son application a été consacrée par un texte exprès de la loi française, elle est la maxime que la violation de la loi étrangère ne donne jamais ouverture à cassation, et son utilité est d'écarter les pourvois importuns. Nous constatons une évolution semblable à celle sur le domaine de l'« application », où, après une période libérale, la Cour de cassation ne veut plus connaître des procès étrangers. Et la raison est sans doute identique. Au siècle dernier, c'étaient surtout des procès de Français qui étaient agités devant la Cour de cassation, quoiqu'il s'agissait de lois étrangères. Au siècle présent, dès qu'il s'agit d'une loi étrangère, c'est presque certainement un procès d'étrangers. Alors que la tendance, au siècle passé, était à l'assimilation des étrangers aux nationaux, la tendance, au siècle présent, va vers une différenciation de plus

en plus marquée. C'est dire que la maxime, que la violation de la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation, est énoncée comme elle l'est, parce que la Cour de cassation ne *veut* pas connaître de la violation de la loi étrangère.

Mais comme dans l'application, nous relevons une matière où la Cour de cassation veut en connaître (1), c'est la différenciation des Français et étrangers, en matière de statut personnel. Ici nous relevons le seul arrêt récent de cassation pour violation de la loi étrangère.

G. c. de F., Cass. Civ. 6 juillet 1922, Cl.1922, 714. Une séparation de corps en Italie est convertie en divorce, sur la demande de la femme, Française d'origine, ayant obtenu un décret de réintégration. La Cour de cassation annule, en qualifiant la séparation de corps en Italie de mesure de juridiction gracieuse :

Que cette séparation amiable ne pouvait, au regard de la loi française, seule applicable à la cause, servir de base à un jugement de conversion.

Néanmoins, la règle que la violation de la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation, reste règle formelle qui ne cesse d'être invoquée par la Cour de cassation.

Ceci pour l'évolution de la règle formelle en matière d'interprétation. Au sujet de cette règle formelle, il nous reste toutefois deux cas à étudier :

- 1° Celui où la maxime que la violation de la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation, est invoquée par l'un des plaideurs à l'encontre de la Cour de cassation ;

(1) Peut-être existe-t-il d'autres, et sans doute, les faits de la cause pourront encore induire la Cour de cassation à casser pour violation de la loi étrangère, nous n'en trouvons toutefois pas d'arrêt.

2° Celui du renvoi : lorsque la loi française est appliquée sur renvoi de la loi étrangère, la violation de cette loi française, appliquée en vertu d'une loi étrangère, peut-elle donner ouverture à cassation ?

1. — Lorsque la maxime, que la violation de la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation, est invoquée par l'un des plaideurs comme fin de non-recevoir, pour écarter le pourvoi, nous constatons le fait surprenant que la Cour de cassation désavoue sa maxime :

Sur la fin de non-recevoir, prise de ce que le pourvoi serait fondé sur les art. 972 et 973, C. civ. français, inapplicables à un testament fait en Belgique, par un Français, dans la forme authentique, et de ce que, en supposant d'ailleurs que la loi belge eut été violée, cette violation d'une loi étrangère ne pourrait donner ouverture à cassation ; — Attendu que le pourvoi est fondé sur la violation des art. 972 et 973, C. civ., sans autre indication, que ces articles étant identiquement les mêmes en Belgique et en France, il ne peut résulter aucune fin de non recevoir de ce que la demanderesse a cité ces articles sans indiquer s'ils étaient puisés dans le Code civil belge ou dans le Code civil français ; — Attendu d'autre part, que si, en validant le testament litigieux, l'arrêt attaqué avait violé la loi belge, cette infraction à une loi étrangère pourrait donner ouverture à cassation, puisqu'elle aurait pour conséquence la violation de l'art. 999, C. civ. français, aux termes duquel les testaments authentiques faits par les Français en pays étranger doivent être passés avec les formalités prescrites dans le pays où l'acte a été rédigé ; — Rejette la fin de non-recevoir (Duhamel c. Frélier, *Rej. Civ.* 12 février 1879, S.1879.1.121).

Elle n'affirme pas positivement que la violation de la loi étrangère donne ouverture à cassation, ce qui irait à l'encontre de ses propres déclarations constamment répétées, mais elle déclare qu'en l'instance, pour telle raison ou autre, elle peut connaître de la violation de la loi étrangère. En fait, toutefois, malgré ses protestations, elle n'en connaît pour ainsi dire jamais, en rejetant les pourvois pour un autre motif.

Ces protestations de la Cour de cassation, néanmoins, sont intéressantes à relever, elles nous indiquent que la Cour de cassation ne souffre pas de limitation de sa compétence de la part des plaideurs, même en matière de lois étrangères. La règle que la Cour de cassation ne connaît pas des faits est maniée uniquement par la Cour de cassation, pour écarter les pourvois importuns.

2. — En cas de renvoi, lorsque la loi étrangère renvoie à la loi française et que celle-ci, en fin de compte, est définitivement appliquée, la violation de la loi française appliquée en vertu de la loi étrangère, peut-elle donner ouverture à cassation ?

Il n'existe pas d'arrêts bien nets, dans l'hypothèse rapprochée où la loi étrangère est identique à la loi française, la Cour de cassation avait dit qu'elle casserait (Testament Fauquennoy, *Rej. Civ.* 12 février 1879, *S.* 1879.1.121) ; mais le défendeur au pourvoi avait soutenu que la violation de la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation.

Cependant, la question a fait couler beaucoup d'encre. Et elle est décidée, logiquement, que la violation d'une loi, appliquée en vertu d'une loi étrangère, ne donne pas ouverture à cassation. Écoutez M. de Paepe, magistrat à la Cour de cassation belge, qui a formulé la thèse le plus nettement :

Le recours en cassation n'est pas même recevable s'il se fonde sur un texte formel de la loi étrangère, fût-il conforme à la loi belge (de Paepe, t. 1, p. 232).

et au cas où la loi étrangère renvoie à la loi belge :

Dans ce cas, la loi belge n'est pas appliquée en vertu de sa propre autorité ; elle ne l'est qu'en vertu d'une loi étrangère qui lui donne sur des étrangers une autorité qu'elle n'a pas par elle-même, qui la fait sortir de la sphère où par elle-même elle est obligatoire. Aussi, dans ce cas ce n'est pas la loi belge qui est violée, ou, si elle l'est, c'est dans une sphère où elle ne s'impose pas au juge belge par sa propre autorité.

par suite, il n'y a pas de cassation (de Paepe, t. I, p. 233).

En France, l'avocat général Reverchon a déclaré, après avoir rappelé que la violation de la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation :

Mais doit-il en être de même dans la situation inverse, sur laquelle votre jurisprudence ne paraît pas avoir eu encore à se prononcer, c'est-à-dire lorsque l'on allègue la violation de la loi étrangère par la violation de la loi française ?... Le législateur étranger qui s'approprie une loi française fait de celle-ci, en ce qui le concerne, une loi étrangère ; et lorsque le juge, même français, appelé à appliquer la loi étrangère, se trompe dans le sens de la loi française accidentellement devenue étrangère, il ne fait que violer ou faussement appliquer la loi étrangère ; votre contrôle n'aurait plus sa raison d'être, ou du moins, il n'aurait qu'une raison d'être trop indirecte ou trop éloignée pour qu'il doive s'exercer. (Req. 23 février 1874, *Mess. Marit. c. Comp. du Canal de Suez*, S. 1874.1.145).

— Donc, pas de cassation pour violation de la loi française lorsque celle-ci est appliquée en vertu de la loi étrangère.

Néanmoins, en regard de ces opinions de la doctrine, nous constatons le fait qu'il n'existe pas d'arrêts de la Cour de cassation sur cette question, ce qui nous indique qu'elle doit être résolue d'une autre façon. En effet, elle doit être résolue autrement, en entrant plus profondément dans la question, en analysant la notion du renvoi. Si nous considérons le renvoi du côté du conflit des lois, comme une des applications de ce conflit, nul doute, la loi française est appliquée en vertu de la loi étrangère, et puisque la violation de la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation, la violation de la loi française, appliquée en vertu de la loi étrangère, ne peut non plus donner ouverture à cassation.

Mais si nous considérons le renvoi dans l'application pratique, avec les yeux de la jurisprudence,

nous nous rendons compte que les lois étrangères n'étant pas applicables en France puisque sans force obligatoire, la loi française ne peut être appliquée en vertu de la loi étrangère. La loi française est appliquée de par sa propre vertu, et appliquée, elle l'est aux faits de la cause, parmi lesquels rentre la loi étrangère, qui, en cas de renvoi, s'efface tout simplement. Nous estimons donc que la règle formelle doit être, qu'en cas de *violation de la loi française*, appliquée « en vertu » de la loi étrangère, la Cour de cassation doit intervenir. Et d'autant plus doit-elle intervenir que, pratiquement, elle a les moyens d'en connaître, connaissant les dispositions de la loi française. Du reste, devant la Cour de cassation, la chose fait si peu de difficulté qu'il n'y a pas de jurisprudence sur la question. (S'il était question, non pas de l'interprétation, mais de l'application ou non-application de la loi française suivant la loi étrangère, la chose serait peut-être un peu plus ardue. Sans doute, la Cour de cassation en connaîtra, comme elle en a connu dans l'affaire Fergo, ce qui est construire la question comme un cas d'« application » ; la question, toutefois, pourrait aussi être construite comme cas d'interprétation, qui échappe au contrôle de la Cour de cassation : Req. 18 novembre 1912, Société Laitière de Mulhouse c. Ginther, S. 1914.1.258, qui sera cité plus tard).

2. LA REGLE DE LA COUR DE CASSATION DANS L'APPLICATION PRATIQUE

Nous avons dégagé le système de la Cour de cassation : celle-ci connaît de l'application, elle ne connaît pas de l'interprétation. Or, si nous poursuivons cette règle dans l'application pratique, nous constatons certaines particularités qui en changent quelque peu la face.

1. La règle n'est pas appliquée conséquemment, ou pour mieux dire, tout en appliquant sa règle, la Cour de cassation arrive à des solutions différentes, pour ne pas dire contradictoires. Rapprochons deux arrêts de la même époque.

Req. 23 février 1874, Comp. des Messageries maritimes c. Comp. universelle du canal de Suez, S. 1874.1.145. Il y avait contestation sur le mode de jaugeage des navires, servant de base à la perception des droits de passage à travers le canal de Suez. La Cour déclare solennellement :

Attendu que la Cour de cassation, instituée pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de la jurisprudence, n'a pas la mission de redresser la fausse application des législations étrangères ; — Que les arrêts des Cours d'appel ne peuvent pas, par conséquent, être cassés pour violation d'une loi étrangère, à moins que cette violation ne devienne la source d'une contravention expresse à la loi française.

Il s'agissait de savoir si le firman de concession du vice-roi d'Egypte du 5 janvier 1856, avait rendu obligatoire le mode de jaugeage français, ou avait

laissé à la Compagnie le choix du mode de jaugeage.
L'arrêt déclare :

Qu'il s'agissait précisément de savoir si telle avait été l'intention des parties contractantes ; — Que la Cour de Paris, en décidant, comme elle l'a fait, cette question, s'est bornée à interpréter l'acte de concession qui lui était soumis, et qu'elle n'a pu violer, même indirectement, les lois françaises visées au pourvoi ; — D'où il suit que sa décision, même en admettant qu'elle n'ait pas fait une saine interprétation du firman et que cet acte ait le caractère d'une loi, échappe à la censure de la Cour de cassation.

La violation des dispositions du firman du vice-roi d'Egypte ne donne pas ouverture à cassation.

Cass. civ. 18 juillet 1876, Wyse c. de Sancy, S. 1876.1.451, à la différence, décide qu'un décret de concession du bey de Tunis (la Tunisie était encore Etat indépendant) dont les dispositions avaient été violées, donne ouverture à cassation. La Cour déclare :

Attendu que, si les arrêts des Cours d'appel ne peuvent être cassés pour violation ou fausse application des lois étrangères ou d'actes faits par un souverain étranger, en vertu de la puissance publique, cette règle n'est applicable qu'autant que cette violation ou cette fausse application ne deviennent pas la source d'une contravention expresse à la loi française ; — Attendu que, dans l'espèce, l'arrêt attaqué a, contrairement au texte du décret de concession et aux déclarations conformes du gouvernement tunisien, admis que la concession entière a pu faire l'objet licite d'un contrat de société et que de Sancy a pu l'y apporter pour sa part, qu'il a par suite déclarés valables les actes de société et de cession litigieux ; — Que, par cette solution, il a directement violé les articles du Code civil susvisés ; — Casse.

Nous voyons ici un peu la technique de la Cour de cassation. Les faits se présentaient comme suit : De Sancy avait obtenu du bey de Tunis une concession territoriale, faite à lui personnellement, et qu'il ne pouvait sous-louer que pour la partie superflue à

l'exploitation, et cela dans une mesure très restreinte. Or, il apporta cette concession en société, puis objecta la nullité de l'acte de société parce que le domaine concédé était inaliénable. La Cour d'Aix reconnut la validité de la société ; la Cour de cassation, toutefois, estima autrement et cassa pour violation de textes qui disent, en somme, qu'on ne peut disposer que des choses qui sont dans le commerce. Or, la concession en Tunisie, immeuble situé à l'étranger, était certainement régi par la loi étrangère, et l'on ne voit pas comment la loi française aurait été violée autrement qu'elle l'est par un exposé erroné des faits, par un simple maljugé. La Cour de cassation toutefois déclare : « Attendu que la Cour d'appel d'Aix, *dénaturant* le caractère de ce décret, qu'elle a considéré comme un contrat synallagmatique de droit privé... ». Lorsque la Cour de cassation parle de conventions dénaturées, elle veut juger en fait. Et en effet, elle pouvait juger en fait, puisque toutes les pièces dont elle avait besoin pour former son opinion étaient devant ses yeux, représentées par pièces écrites, par « dépêches officielles du gouvernement tunisien, intervenues sur la demande des parties ». La Cour de cassation jugea donc en fait, abandonnant son caractère de gardien de la loi, pour décider un litige entre les parties. Certes, elle rappelle son caractère de Cour de cassation par les longs motifs rapportés ci-dessus, adapte ce caractère aux besoins de la cause, et ensuite statue comme simple tribunal.

En fait, ces deux arrêts ne peuvent être qu'approuvés. L'un, le mode de jaugeage pour le passage au canal de Suez, dont, de plus, on pouvait soutenir avec raison qu'il devait être fait suivant la méthode anglaise, n'était pas « chose suffisamment française » pour motiver une intervention de la Cour de cassation. L'autre, un contrat de société entre

deux Français, portant sur une chose qui ne devait pas être apportée en société, était évidemment susceptible de heurter les conceptions d'équité de la Cour. En droit, toutefois, en bonne logique juridique, on ne voit pas pourquoi la violation d'un décret de concession du bey de Tunis donnerait ouverture à cassation, alors que la violation d'un firman de concession du vice-roi d'Egypte ne le donnerait pas.

2. La Cour de cassation connaît de l'application, elle ne connaît pas de l'interprétation. Or, en pratique, il est impossible de tracer une ligne de séparation nette entre l'application et l'interprétation.

Cass. civ. 6 juillet 1922, G. c. de F., Cl. 1922, 714. Une séparation de corps entre Italiens. La femme obtient un décret de réintégration en la qualité de Française. Elle se prévaut de la séparation de corps en Italie pour invoquer la conversion en divorce. La Cour d'appel prononce le divorce. La Cour de cassation casse, attendu :

Que cette séparation amiable ne pouvait, au regard de la loi française, seule applicable à la cause, servir de base à un jugement de conversion.

Est-ce une « application » de la loi italienne ? Est-ce une « interprétation » de la loi italienne ? C'est l'application et l'interprétation à la fois. Et la Cour de cassation de trancher le nœud gordien en laissant de côté et application et interprétation, et estimant, très justement du reste, que la loi française est seule applicable et que la loi étrangère est un fait. Ce fait, évidemment, elle pouvait en connaître en l'occurrence, puisque cette séparation de corps se réduisit, à ses yeux, à un procès-verbal constatant le consentement mutuel des époux et homologué par la juridiction gracieuse italienne. Ce procès-verbal, de plus, se trouvait sous les yeux de la Cour. Et la Cour de cassation de décider que pareil procès-verbal ne

constitue pas la séparation de corps dont la loi française autorise la conversion en divorce.

C'est tout très juste. Or, lorsqu'un cas semblable se présenta à nouveau, et qu'il fut résolu par la Cour d'appel suivant la solution donnée précédemment par la Cour de cassation, qu'une séparation de corps italienne ne peut servir de base à une conversion en divorce, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formulé contre cette décision en motivant :

Attendu, en effet, que l'arrêt attaqué déclare, par une interprétation souveraine de la loi étrangère, que la séparation de corps, intervenue entre les époux Ferrari, présentait nonobstant l'homologation judiciaire gracieuse qui l'a consacrée, le caractère d'un acte purement amiable (Epoux Ferrari, *Rej. Civ.* 13 mars 1928, *Cl.* 1928, 363).

La solution de la Cour d'appel, sans doute, rencontre l'approbation de la Cour de cassation. Et celle-ci rejeta le pourvoi, parce que l'interprétation de la loi étrangère ne tombe pas sous son contrôle. Mais si le caractère de la séparation de corps italienne est un cas d'interprétation de la loi étrangère, la Cour de cassation n'aurait pas dû en connaître dans la première espèce.

Dans cette première espèce (que la Cour de cassation résolut évidemment de la manière la plus simple en considérant la loi étrangère comme fait pur et simple dont, en l'espèce, elle avait le moyen de connaître), la Cour de cassation aurait aussi bien pu casser parce que la Cour d'appel n'avait pas *appliqué* la loi italienne qui ne connaît pas le divorce, ni, par suite, la conversion en divorce de sa séparation de corps ; mais elle aurait pu aussi bien encore rejeter le pourvoi, parce que la Cour d'appel avait, implicitement et nécessairement, considéré la séparation de corps de la loi italienne comme équivalente à la séparation de corps de la loi française,

et que cette interprétation de la loi étrangère est souveraine. Cherchez donc, en pratique, la limite en application et interprétation !

3. Comme nous l'a déjà fait voir la dernière espèce, la Cour de cassation peut motiver ses décisions soit par les règles sur l'application des lois étrangères, soit se passer de ces règles et arriver à ses solutions par une voie différente. Les règles en matière de lois étrangères, certes, sont un instrument commode et expéditif — c'est pour cela qu'elles sont constamment invoquées par la Cour de cassation — mais qui n'est point indispensable. Et nous voyons qu'en des circonstances identiques, pour motiver une solution identique, la Cour de cassation casse, une fois, en s'appuyant sur les règles sur l'application des lois étrangères, et l'autre fois en argumentant d'une règle de pur droit interne.

Expliquons d'abord que l'application de la loi étrangère dans les transports par mer (ce dont nous allons traiter) ne souffre pas trop de difficulté devant la Cour de cassation. Ces transports, en effet, à la différence des transports par chemin de fer, ne sont pas réglementés par des dispositions exceptionnelles et particulières du souverain étranger (du moins pas d'habitude). Rien ne s'oppose donc à apprécier ces actes, passés à l'étranger, suivant les règles du droit étranger. Citons du reste les moyens du pourvoi à l'occasion du premier arrêt, qui n'est autre que le célèbre arrêt Jullien (Cass. Civ. 23 février 1864, Comp. péninsulaire et orientale de Londres c. Jullien, S. 1864.1.385) :

On invoque en sens contraire les arrêts de la Cour de cassation où elle décide que les compagnies de chemins de fer ne peuvent pas s'exonérer de la responsabilité de leurs agents. Mais pourquoi ? Parce que ces compagnies ont des tarifs qu'elles ne peuvent pas élever ; maintenir les tarifs et se délivrer d'une responsabilité qui est charge naturelle du con-

tral de transport, c'est sortir des tarifs, en élever le prix, ou, ce qui revient au même, donner ou faire moins que ne comporte le prix des tarifs. — Les Anglais ont voulu par-dessus tout faciliter les voyages et les entreprises de transport ; ils approuvent qu'une compagnie trouve le moyen d'abaisser le prix de ses transports, en déclinant une partie des responsabilités qui lui incomberaient naturellement ; ils multiplient du reste les assurances contre toute espèce de danger, mais ils les rendent facultatives.

Ceci parut raisonnable à la Cour de cassation ; et malgré les conclusions contraires du premier avocat général de Marnas, qui souligna surtout qu'aucun texte de loi n'avait été violé, elle cassa l'arrêt de la Cour d'appel.

Les faits se présentaient comme suit : Jullien s'était embarqué à Hong-Kong sur un bateau anglais qui fit naufrage en mer rouge, sans que la responsabilité du capitaine fût nettement établie. Dans ce naufrage Jullien sauva sa vie ; il perdit toutefois ses bagages. Or, malgré les dispositions de la loi anglaise qui exonère les armateurs en pareil cas, la Cour d'appel déclara la Compagnie péninsulaire tenue au remboursement des bagages. Comment la Cour de cassation parvient-elle à rectifier cette violation de la loi étrangère ? Nous avons vu que cette Cour s'arroe un droit de contrôle sur les conventions qui auraient été dénaturées ; et elle invoque en effet l'art. 1134 :

Attendu qu'aux termes de l'art. 1134 du Code Napoléon les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; que pour décider si une convention a été légalement faite, il faut l'examiner d'après les règles de la législation à laquelle sa formation était soumise. Attendu que Jullien s'est embarqué à Hong-Kong...

Et comment cet art. 1134 avait-il été violé ? Parce qu'il avait été appliqué à une cause pour laquelle il n'avait pas été fait :

Attendu que l'arrêt attaqué, en appréciant selon la loi française la preuve produite par la compagnie à l'effet de se prétendre exonérée du dommage résultant pour Jullien de la perte de ses bagages, et en refusant ainsi d'examiner le litige au point de vue du statut anglais, a expressément violé l'art. 1134, Code Nap. ; — Casse.

C'est motivé de l' « application ».

Ce même article 1134 servit dans la deuxième affaire, toutefois d'une autre façon, Delattre c. Win-niet, Cass. Civ. 5 février 1873, S. 1873.1.105. Un colis appartenant à un voyageur avait été perdu sur le bateau de Londres à Boulogne, et le tribunal de Boulogne-sur-Mer écarta la clause de non-responsabilité de la compagnie, inscrite sur le bulletin de passage, sous le prétexte que cette clause serait contraire à l'ordre public. Or, la Cour de cassation fit ici l'économie de la loi étrangère qui permet cette clause. Elle relève que le voyageur avait un moyen d'éviter cette clause, en faisant enregistrer ses bagages sur le manifeste du navire et en payant un prix plus élevé, et si la clause par laquelle la compagnie s'exonère de toute responsabilité, même celle due à sa propre faute, est contraire à l'ordre public, il n'en est pas de même de celle par laquelle elle s'exonère de la *simple* perte des bagages, en laissant le voyageur dans l'alternative de veiller lui-même à la garde de ses effets, ou de se décharger de ce soin sur la Compagnie, en lui payant un prix de transport plus élevé et déterminé à l'avance. Et sans parler des lois étrangères, la Cour déclare que la convention des parties a été méconnue, et casse pour violation de l'art. 1134.

Résumons, en examinant les deux règles de la Cour de cassation en pratique, nous nous rendons compte, 1° qu'en appliquant ses deux règles, la Cour

de cassation arrive en fait à des solutions différentes; 2° que la base d'application des deux règles (l'application et l'interprétation des lois étrangères) ne peut être nettement différenciée en pratique, alors que l'une des règles donne la solution opposée de l'autre; 3° que ces règles ne sont point indispensables. la Cour de cassation pouvant construire des solutions identiques sur des textes de pur droit interne. Nous nous rendons donc compte que la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de lois étrangères, bien que construite sur deux règles formelles, l'application et l'interprétation, est surtout une jurisprudence de fait.

3. LES RAISONS MATERIELLES QUI EXPLIQUENT LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

Or, si cette jurisprudence est une jurisprudence de fait, il y a des raisons qui expliquent qu'il en soit ainsi, qui nous font même comprendre qu'il ne pourrait en être autrement. Ces raisons sont nombreuses (car tout se tient dans le système de la loi), mais nous n'en citerons que deux, l'une pour la loi étrangère, et l'autre pour la Cour de cassation. L'une tient à la nature même de la loi étrangère, qui n'est pas une loi, mais n'est qu'un fait à l'égard de notre droit ; l'autre résulte de la procédure devant la Cour de cassation qui ne connaît pas des procès en leur entier mais seulement de la partie qui lui en est déférée.

Nous avons donc énoncé les deux sections de notre chapitre : 1° que la loi étrangère est un fait ; 2° que la Cour de cassation ne juge qu'une partie des procès.

I. QUE LA LOI ÉTRANGÈRE EST UN FAIT.

a) *Au point de vue de la procédure judiciaire.*

Rappelons que la distinction entre fait et droit est malaisée à faire et qu'aucun critérium satisfaisant ne peut être indiqué. Nous étudions toutefois ici la jurisprudence pratique, et en nous tournant du côté de la procédure, nous trouvons comme règle non

écrite de notre droit, sans doute tellement évidente qu'elle n'a pas eu besoin de consécration législative, que le fait doit être prouvé devant les juges, alors que le droit se passe de cette preuve, étant supposé connu des magistrats. Nous ne savons pas ce qui distingue le fait du droit, mais nous savons que nous devons prouver l'un devant les juges, et n'avons pas besoin de prouver l'autre. Evidemment, si nous poussons plus loin, nous trouvons qu'en pratique le droit est également prouvé aux juges — il y a même une profession qui s'occupe exclusivement de cela, c'est celle des avocats — mais ce que nous appelons le droit est prouvé par des raisonnements, en mettant le doigt sur l'un des textes qui se trouvent en possession des juges, alors que le fait est prouvé par l'un des modes de preuve prévus au Code de procédure.

Or, si nous regardons à nouveau du côté de la pratique, nous trouvons que la loi étrangère doit être prouvée devant nos juges, ses dispositions doivent être établies par écrits, certifiées par experts, affirmées par témoins, autrement dit suivant les modes de preuve prévus au Code de procédure civile. En procédure, la loi étrangère est traitée comme fait. Et ce n'est pas là une particularité de la loi française, dans tous les pays sans exception, les dispositions de la loi étrangère doivent être prouvées devant les juges (Darras, De la connaissance, de l'application et de la preuve des lois étrangères, Cl. 1901, 209/442/672). En Angleterre, sa preuve est soumise au jury. En Allemagne, malgré les complications du droit et la pédanterie avec laquelle il est appliqué, le Tribunal de l'empire (14 février 1871, Cl. 1874.80) a décidé que, quoique le juge doive appliquer le droit étranger en tant qu'il lui est connu, et puisse à cette fin s'en enquérir d'office, cependant le juge n'est pas obligé de connaître le droit étran-

ger ou de le rechercher par une information d'office ; et la maxime *jura novit curia* ne peut être invoquée en matière de droit étranger. En France,

Dans le silence de la loi, les tribunaux peuvent accepter comme preuve de la loi étrangère tous les modes de preuve qui, de droit commun, sont employés pour établir l'existence d'un fait, sauf peut-être la restriction relative à l'aveu et au serment décisoire ; ils apprécient souverainement la valeur des justifications qui leur sont produites (Darras, p. 675).

La restriction n'est pas trop certaine. En tout cas, la loi étrangère doit être prouvée au juge français comme un autre fait quelconque du procès (bien qu'il puisse rejeter cette preuve si par ses connaissances personnelles il en découvre le manque de sincérité, aussi bien qu'il peut écarter la preuve de tout autre fait matériel qu'il sait avoir été fabriqué de toutes pièces pour les besoins de la cause).

Arrêtons-nous un peu, nous touchons à un point capital qui justifie et même exige impérieusement la règle formelle, que la Cour de cassation ne doit pas connaître de l'interprétation des lois étrangères. Les dispositions de la loi étrangère doivent être prouvées devant les juges du fond ; comment voudrait-on dispenser la loi étrangère de toute preuve devant la Cour de cassation sans changer tout le caractère du procès ? Comment voudrait-on la prouver alors qu'il en manque tous moyens de procédure devant la Cour de cassation, que la Cour de cassation s'interdit expressément de connaître des faits ? Comment voudrait-on changer le fait devant les juridictions inférieures en droit devant la Cour de cassation, sans changer tout notre système de procédure et de droit ? Il s'ensuit logiquement que la Cour de cassation ne doit pas connaître de l'interprétation des lois étrangères.

On ne saurait trop insister sur ce parallélisme entre le caractère de la loi étrangère devant les juri-

dictions inférieures et devant la Cour de cassation. Ce parallélisme s'impose, il est logiquement nécessaire, mathématiquement exact. Si bien qu'on peut en rapporter la preuve mathématique en commençant l'opération à l'envers : Il y a des cas où la Cour de cassation proclame son pouvoir de connaître des faits, nous en avons parlé, c'est l'Enregistrement par exemple. En droit interne, en matière d'Enregistrement, la Cour de cassation proclame son pouvoir de connaître des faits ; en droit international, par suite, elle affirme son pouvoir d'apprécier l'interprétation de la loi étrangère.

Il y a même eu des cassations : *Messimy c. Enregistrement*, Cass. Civ. 5 avril 1887, S.1889.1.387, au sujet de l'enregistrement d'un acte d'apport de terrains pétrolifères situés en Russie. L'administration soutenait que la loi russe considère les concessions de mines comme meubles, et que, par suite, un droit de mutation devait être perçu en France. La Cour de cassation admet :

Attendu que les immeubles sont régis par la loi du pays dans lequel ils sont situés ; que la question de savoir si certains biens sont meubles ou immeubles ne peut être résolue que par la *loi du pays* où ils se trouvent ;

et elle ajoute, parce qu'il s'agit d'une matière de droit public :

Attendu que ce principe est applicable, non seulement en matière civile, mais encore en matière fiscale.

Ces concessions sont donc des meubles. Mais la loi du 23 août 1871 ne soumet aux droits de mutation que les valeurs incorporelles, tandis que divers textes en exemptent les meubles corporels. Et ces meubles de la loi russe sont qualifiés par la Cour de cassation au regard de la loi française :

Attendu, *en fait*, que les concessions de mines et les droits temporaires d'exploitation, dont il s'agit au procès,

sont incontestablement des meubles corporels, et non de simples valeurs mobilières, qu'ils sont situés en Russie, puisque les substances minérales qui en font l'objet font partie du sol russe jusqu'au moment où elles seront extraites ;

qu'ils ne sont donc soumis par la loi française à aucun droit de mutation, et le jugement qui les avait considérés, en fait, comme valeurs mobilières, est annulé.

Un autre arrêt est explicite, *Rothschild c. Enregistrement*, *Rej. Civ.* 22 octobre 1913, *S.* 1918.1. 61 ; la Cour affirme son pouvoir de cassation (sans toutefois décider en conséquence) :

Attendu que si, dans la matière de l'enregistrement, cette interprétation par les juges du fond d'une loi étrangère, faite en vue de l'application de l'art. 58 de la loi du 28 avril 1816, n'échappe pas au contrôle de la Cour de cassation, les demandeurs n'ont pas démontré que l'assimilation ainsi établie entre la décision du tribunal de Wieden et le jugement d'homologation imposé par l'art. 981, Code proc., soit inexacte, ni qu'elle ait eu pour conséquence une violation de la loi française.

Il s'agissait en l'espèce de la décision du tribunal tutélaire de Wieden en Autriche, qui, tout en empruntant la forme de la juridiction gracieuse et ne s'appliquant nominalemeut qu'aux seuls mineurs, fut reconnue statuer sur le fond et être opposable à tous les intéressés à l'acte de partage ; on décida donc que le caractère juridique de cette décision serait celui d'un jugement d'homologation rendu par un tribunal français, et attendu qu'aux termes de l'art. 58 de la loi du 28 avril 1816, il ne peut être fait usage en justice ou mention dans un acte public d'un acte passé en pays étranger sans qu'il soit assujéti aux mêmes droits que s'il avait été souscrit en France, cette décision fut reconnue passible des droits d'enregistrement.

En de pareilles espèces, l'impossibilité matérielle

d'appliquer la loi étrangère devient évidente — non seulement devant la Cour de cassation, mais également devant les juridictions inférieures. L'arrêt dit bien que le tribunal civil de la Seine avait interprété la loi autrichienne dans la mesure nécessaire à la solution du litige, mais non, il avait qualifié tout simplement la loi étrangère, comme un autre fait quelconque, et il ne pouvait faire autrement, car il est impossible de coordonner deux grandeurs incommensurables, et la loi française ne saurait s'accommoder des institutions de la loi étrangère. Ce n'est pas en procédure seulement, mais encore en réalité, pratiquement et rationnellement, que la loi française ne saurait concevoir la loi étrangère autrement que fait.

b) *Au point de vue rationnel.*

La base dont nous sommes partis dans les développements qui précèdent, est la pratique des juridictions inférieures, qui laissent aux plaideurs le soin de rapporter la preuve de la loi étrangère. Cependant, cette pratique n'est pas restée incontestée ; M. Valéry surtout y adressa de vives critiques (N° 429). On voudrait obliger les juges à rechercher eux-mêmes le texte de la loi étrangère ; et cela sans faire état des études très certainement surhumaines auxquelles on astreindrait nos tribunaux, sans faire état non plus des inconvénients pratiques relevés par la Cour d'Alger :

Attendu à ce même point de vue, qu'une décision judiciaire n'est assurée d'être respectée qu'autant qu'elle n'est entachée d'aucune erreur de droit ; qu'il est du devoir des magistrats de ne pas s'exposer, par une connaissance insuffisante d'une législation étrangère, à diminuer ainsi l'autorité de leurs décisions (Alger, 21 avril 1890, Cl. 1893, 177).

Mais on voudrait imposer cette tâche surtout à notre Cour de cassation, qui, tant par sa situation à Paris

où tous les moyens d'étude sont à sa disposition, que par les lumières de ses magistrats, serait en état de mener à bien cette étude.

C'est donc la légitimité de la preuve de la loi étrangère qui est contestée, et nous ne saurions mieux y répondre qu'en examinant la nature de la loi étrangère, laquelle est fait et non règle, aussi bien selon la raison que selon la procédure.

La loi française, nous ne la prouvons pas aux magistrats ; car, en effet, nos tribunaux possèdent le bulletin des lois, le journal officiel, ils possèdent les divers exemplaires des Codes, ils *possèdent* les textes du droit français, il est donc inutile de les leur prouver. Cela est exact, mais on oublie une chose : nos tribunaux, ils ne possèdent pas seulement les textes, ils savent aussi les lire. Non seulement parce que ces textes sont écrits en Français, mais surtout parce que nos magistrats sont des Français, pensent en Français, sont imbus du même esprit que ceux qui ont écrit ces lois, en un mot font partie de cette vie française dont le droit ne constitue qu'un aspect particulier et inséparable. Car la loi, qu'elle soit faite dans un but pratique ou qu'elle existe par elle-même, qu'on en connaisse la tradition ou que personne ne sache d'où elle est venue, elle n'est point la règle abstraite comme la voulait la Révolution et qu'elle avait cherchée, comme beaucoup d'autres choses, chez les Romains. Mais cette règle abstraite, ce *jus quod natura omnes docuit animalia*, qui rentrait bien dans les cadres de la vie romaine où les idées furent concrétisées, est si peu transportable dans les cadres d'une époque différente que la Révolution, tout en proclamant l'égalité des hommes et la source de la loi dans la raison, fut amenée à établir des différences entre les hommes et dénier sa loi aux étrangers qu'elle y avait d'abord admis. Nous nous rendons donc compte que la loi française aussi

n'est qu'un fait, un fait de la vie française, que toutefois il est inutile de prouver à nos juges *parce qu'ils en ont connaissance*.

Or, que la loi française soit tellement liée et inhérente à la vie française qu'elle ne puisse en être détachée sans devenir des règles vides de sens, peut-être nous en apercevons-nous moins parce que cette loi est la loi nécessaire à la vie française, dont nous ne saurions nous passer, dans laquelle nous ne voyons par suite que des règles raisonnables. Mais si ce n'est que règles raisonnables, pourquoi les autres nations en usent-elles d'autres ?

Et non seulement emploient-elles règles différentes, ces règles différentes sont construites sur conceptions différentes. La paternité naturelle : en Angleterre, la reconnaissance de paternité n'établit pas un lien de famille, ce qui a été jugé même à l'encontre d'un enfant demandeur français, bien que dans ce cas la jurisprudence récente fasse prévaloir le statut de l'enfant, Trib. civ. Nice, 18 juillet 1922, Cl. 1922, 1007 ; ou par la Cour de Paris au sujet d'une reconnaissance de paternité contenue dans un jugement allemand :

Considérant que les juges n'étaient pas appelés à statuer sur une recherche de paternité proprement dite, telle que la conçoit notre droit français, ayant pour but et pour résultat d'établir des rapports de paternité et de filiation d'où naissent des droits héréditaires ; — que ces instances avaient uniquement pour objet des demandes en paiement de pension pour frais d'entretien et d'éducation de Lucie Krauss, et des frais d'accouchement de la mère (Cour de Paris, 1^{re} chambre, 26 mars 1920, Cl. 1920, 657).

De plus, non seulement raisonnent-ils sur conceptions différentes, jusqu'à la façon dont ils raisonnent est différente : en une langue dont ni les mots ni l'esprit ne correspondent à ceux de la langue française, avec une mentalité dont l'échelle des valeurs n'est pas la même, entourés de toutes parts

d'institutions et choses qui ne se retrouvent pas les mêmes en France. La loi étrangère, tout aussi bien que la loi française, est donc un fait, un fait appartenant à une vie différente, et qu'il est impossible de résumer en une formule, à moins que cette formule ne soit comprise avec cette mentalité différente. Nos juges, par leurs moyens, en seraient-ils capables ? Le plus souvent, ils ne savent même pas la langue ; pour pénétrer l'esprit, il leur faudrait avoir passé de longues années à l'étranger, en avoir embrassé la mentalité, ce qu'on ne fait pas impunément, car on y perd la sienne : et cela n'est certes pas désirable pour nos juges, surtout pas pour les membres de la Cour de cassation. Or, si ceux-ci devaient d'office rechercher la loi étrangère, en épeler la formule eux-mêmes pour s'en former une opinion, qui certainement serait très personnelle et que les plaideurs n'auraient même pas la possibilité de redresser, puisqu'elle ne leur serait connue qu'après le prononcé de l'arrêt — je crois tout de même que les plaideurs ont intérêt à ce qu'il n'en soit point ainsi.

Mais de ce qui vient d'être dit, il découle une autre conséquence : *Même lorsque la preuve en est faite, la loi étrangère reste rétive à l'application.* Car par nature, elle est chose différente, incompatible avec la loi française, qui ne peut être combinée avec la loi française en un ensemble harmonieux. En pratique, on l'éluide donc :

GRIS Durdilly & Co c. Ricordi & Co, Req. 25 juillet 1887, S. 1888.1.17. Il y eut contestation entre la droit d'auteur en France et en Italie. La Cour, ne sachant que faire de la loi italienne, s'attache aux faits de la cause : et il y eut des faits très concrets, savoir des exemplaires introduits en France. Et la Cour de décider que ces exemplaires ayant payé en Italie la redevance prévue par la loi italienne, il n'y avait plus de droit d'auteur sur ces exemplaires en France. Critique par M. Lyon-Caen.

on l'écarte :

Monnet c. Pinget, Req. 27 janvier 1903, Cl. 1903,623.
La femme Vaudoise possède une espèce d'hypothèque légale. Celle-ci ne lui est pas reconnue en France, car « assimiler l'assignat de la loi vaudoise à l'hypothèque légale de la femme française, ce serait accorder à la dame Monnet un avantage que lui refuse son statut personnel ».

on la conjure avec des formules cabalistiques :

Héritiers Freix c. Freix, Req. Civ. 4 mars 1857, S.1857.1.247. La loi sarde interdit le régime matrimonial de la communauté, ainsi que les donations entre vifs entre époux. Au sujet de la succession d'un Sarde fixé en France, la Cour de cassation ratifia le régime de la communauté et la donation entre vifs au profit de la veuve, Française d'origine, par ces motifs :

Attendu que le statut dont il s'agit, qui se combine dans le Code sarde avec l'institution du régime dotal, n'a point pour objet de régler la capacité ou l'incapacité générale des personnes, puisqu'il ne leur interdit qu'une espèce de convention, celle de la communauté conjugale par rapport à une classe de biens seulement... Qu'ainsi, la prohibition établie par l'art. 1573 du Code civil de la Sardaigne constitue un statut réel qui n'aurait pu avoir de force obligatoire que relativement aux biens situés dans les Etats sardes...

Il s'agissait d'une succession en France, qui ne se pliait pas aux exigences de la loi sarde ; pour écarter cette dernière, la Cour la qualifie de statut réel.

on dit brutalement qu'elle est inexistante :

Solon, Req. Civ. 9 avril 1910, S. 1911.1.397. La dame Solon, Française de naissance, est déclarée avoir conservé sa nationalité d'origine en contractant mariage avec Mohamed Sioufi Pacha, sujet ottoman ; car la loi ottomane est muette sur la question, et les règlements intérieurs, qui en parlent, sont sujets à varier.

on la dissèque :

Vibert c. Lejeune; Cass. civ. 16 août 1869, S.1869.1.417.
La loi américaine de l'Etat de New-York décide que la veuve qui accepte le legs à elle fait par son mari, perd tous les droits contre la succession de ce dernier en raison de ses ap-

ports. La veuve Vibert s'était mariée à New-York, où les époux restèrent de longues années. A la mort du mari, elle prétendit que la communauté légale avait existé entre elle et son mari, mais sa prétention fut rejetée par les tribunaux, le régime légal à New-York étant la séparation des biens. Et la veuve ayant accepté le legs à elle fait par son mari, la Cour d'appel autorisa le neveu du défunt à refuser le remboursement des apports de la veuve. Mais s'agissant « d'une succession régie par la loi française et d'un testament fait en France par un Français, au profit de légataires également français », la Cour de cassation ne savait que faire de la loi étrangère. Pour l'écarter, elle adopta le moyen suivant : elle cassa l'arrêt, en décidant que la disposition de la loi américaine n'avait pas trait au régime matrimonial, déterminé par la loi étrangère, mais au régime des successions qui, dans l'espèce, devait être celui de la loi française :

Attendu qu'en admettant que d'après la loi de l'Etat de New-York, la femme qui accepte un legs à elle fait par son mari, perde tous les droits qu'elle aurait eu à faire valoir contre sa succession, à raison de ses apports, cette loi est inapplicable dans la cause où il s'agit d'une succession régie par la loi française et d'un testament fait en France par un Français, au profit de légataires également français ; que si, par jugement et arrêt antérieurs, les époux Vibert sont censés, à défaut de contrat de mariage, s'être soumis à la loi américaine en ce qui concerne leur régime conjugal, le legs fait par le mari à sa femme, et accepté par celle-ci est étranger à leurs conventions matrimoniales ; que les effets de cette disposition, quant à la capacité respective des parties de disposer et de recevoir, doivent être appréciés d'après la loi française, qui est celle de leur nationalité ; — Qu'en décidant le contraire et en rejetant, par suite, la demande formée par la veuve Vibert en remboursement de ses apports, l'arrêt attaqué a mal à propos appliqué la loi américaine et, en conséquence, violé les articles ci-dessus visés ; — Casse.

Car puisque la loi étrangère est faite d'une matière différente, raisonne sur conceptions différentes, s'appuie sur institutions différentes, il n'y a pas possibilité de la coordonner avec la loi française.

Néanmoins, lorsque la loi étrangère est déférée au tribunaux français, il faut, bon gré mal gré, la

réduire aux conceptions de la loi française, bien que ces conceptions ne s'y appliquent pas. Même en supposant que le litige ne concerne que des personnes étrangères, qu'il doive être résolu exclusivement par la loi étrangère, par cela seul que la cause est portée devant les juges français, confiée aux mains de la justice française, il faut adapter la loi étrangère à la loi française, la faire rentrer dans les cadres du droit français, réduire cette loi étrangère à la mesure de la loi française. Et cette réduction est l'œuvre souveraine des tribunaux français, qui ne sont nullement tenus de l'interprétation donnée à l'étranger, qui ne sont pas tenus d'entrer dans les vues du législateur étranger, qui n'y peuvent être tenus sous peine d'empêcher l'œuvre d'assimilation de la loi étrangère à la loi française. Et bien que nos tribunaux n'aient pas à affirmer leur souveraineté d'une façon trop nette :

Attendu que la doctrine et la jurisprudence allemandes n'ont pas fixé d'une façon précise et concordante le sens qu'il convient d'attribuer aux mots « sans interruption » ; que si les tribunaux français ne peuvent interpréter les décisions rendues par les juridictions étrangères, rien ne s'oppose à ce que, en cas d'interprétations divergentes, ils recherchent et déterminent la signification exacte des lois dont il échet de faire application en France (Cour de Nancy, 10 juin 1914, Dlle Langlard, Cl. 1915, 620).

cette solution est néanmoins certaine : l'interprétation donnée par les autorités administratives ou judiciaires étrangères est lettre morte pour les tribunaux français (Cour de Montpellier, 28 janv. 1895, Ibrahim Freige c. dame Freige, Cl. 1895, 618).

Du reste, cette manière de faire n'est qu'indiquée par la nature des choses et se passe de toute discussion. Quelques auteurs, évidemment, notamment M. Valéry (N° 440) critiquent cette jurisprudence qui, tout en étant tenue par le texte de la loi étrangère, en interprète le texte souverainement,

sans être tenue par l'interprétation donnée dans le pays étranger ; la solution, toutefois, est approuvée même par M. Pillet, qui s'élève cependant vivement contre la Cour de cassation lorsqu'elle déclare ne pas vouloir redresser la fausse interprétation de la loi étrangère par les juges du fond, bien que ces juges du fond ne soient nullement tenus à donner de cette loi étrangère la même interprétation que celle qui en est donnée dans le pays étranger. Citons la note de M. Pillet sous l'arrêt anglais du 17 février 1892, Cl. 1894, 155 :

A un point de vue particulier, la décision de Leurs Seigneuries paraît vraiment excellente. C'est lorsque, incidemment, elles déclarent que les juges d'un pays ne sont point liés, dans l'interprétation d'une loi étrangère, au sens qui lui est donné dans son pays d'origine. Outre les raisons données dans l'arrêt, on peut faire appel, en faveur de cette doctrine, à des considérations plus élevées. Le juge, lorsqu'il applique la loi étrangère, rend la justice ; il la rend sous sa propre responsabilité et à l'aide de ses propres lumières. La loi étrangère devient sa propre loi lorsqu'il se voit obligé de l'appliquer, et, dès lors, il manquerait au premier de ses devoirs, s'il consacrait de son autorité une interprétation, si répandue qu'elle soit, qu'il juge contraire à la vérité et incompatible avec la justice. Dans l'interprétation d'une loi étrangère, il n'a à obéir qu'à sa seule raison et il en sera ainsi tant que l'on n'aura pas de Cour supérieure commune aux nations.

et M. Pillet continue :

C'est pour un motif identique qu'il nous paraît inadmissible que, dans un pays où le statut personnel dépend de la nationalité, on le rattache au domicile pour les personnes appartenant à un Etat dans lequel prévaut un système différent.

C'est la fameuse question du renvoi, dans lequel on se plaît à reconnaître, à la suite de M. Bartin, une abdication de sa souveraineté par l'Etat qui l'admet. Comme si nos tribunaux pouvaient être accusés de s'incliner devant un acte de souveraineté étrangère, alors que, instinctivement, ils s'insurgent au contraire contre toute immixtion d'un souverain étran-

ger ! Néanmoins, la question du renvoi trouve ici bien sa place. Comme l'avait déjà remarqué M. Lainé (De l'application des lois étrangères en France et en Belgique. Cl. 1886, 241/481), le renvoi n'applique pas la loi anglaise quant à son esprit. Seulement, le rejet du renvoi n'applique non plus la loi anglaise quant à son esprit, qui est simplement ne pas s'immiscer inutilement dans l'exercice d'une souveraineté étrangère, dont elle ne daigne pas s'intéresser. D'ailleurs, appliquer chez nous une loi étrangère quant à son esprit n'est guère possible si ce n'est par l'effet d'un hasard, qui n'arrive pas trop souvent. Mais quant au renvoi, nos tribunaux, sans se soucier d'aucune souveraineté, ne regardent que la loi étrangère, qu'ils sont forcés, de toute façon, à qualifier, à adapter et à revêtir des conceptions de la loi française. Quoi de plus naturel, lorsque la loi étrangère s'efface volontairement, que lui donner acte du désistement et appliquer non pas l'esprit de la loi française, faussé par une loi étrangère, mais bien cette loi française elle-même ?

Que la loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étranger ; qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé et à ce que la loi française régie d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire (Req. 1^{er} mars 1910, Hermann c. Soulié, Cl. 1910.888).

Pourvu, évidemment, qu'il ne s'agisse point de refuser aux étrangers une faculté de la loi française, qui ne leur est pas accordée par leur loi nationale. Mais dans ce cas même, combien plus élégamment les décisions ne sont-elles pas motivées par l'ordre public ou simplement par l'assertion que la loi civile n'est applicable qu'aux seuls Français, que par un rejet du renvoi tel que la théorie en est exposée par la Cour de Paris (1^{er} Août 1905, Samory, Cl. 1906, 178) :

Mais, considérant que les lois de droit international privé sont essentiellement territoriales ; que la détermination de la condition des étrangers dans chaque pays rentre dans le pouvoir souverain de l'Etat de ce pays ; que les lois édictées pour cet objet n'ont aucune répercussion hors du pays ; mais que, réciproquement, les lois étrangères n'y peuvent porter atteinte ; qu'il n'est au pouvoir d'aucun Etat d'en imposer l'application aux autres mais qu'il n'a pas à subir, chez lui, l'application des lois différentes de même nature existant à l'étranger.

C'est long, compliqué et peu clair ; et en plus de cela faux, car loin de vouloir étendre les limites de sa souveraineté, la loi anglaise (ou le droit américain, en l'espèce) n'a imaginé le renvoi que par respect et pour éviter tout conflit avec une souveraineté étrangère. Néanmoins, le renvoi constitue un moyen pratique pour la jurisprudence qui peut en motiver des décisions contradictoires, et parfaitement justifiées : Devant l'impossibilité de faire rentrer la loi étrangère intégralement dans le système de la loi française sans lui faire subir des modifications, nos tribunaux sont pleinement justifiés à qualifier cette loi étrangère soit du côté du renvoi, soit de ses dispositions intérieures, suivant les besoins de la cause. Et ils en useraient sans doute plus largement si les auteurs n'avaient pas tant écrit sur la question et ne l'avaient pas rendue tellement épineuse, que nos tribunaux ont pris peur à la fin.

En retournant à la loi étrangère : La loi étrangère doit être qualifiée, car sans qualification elle n'est pas susceptible d'application en France. Or en cette qualification, qui est faite suivant les vues de la loi française (et cela est évident, car en matière de qualification nos tribunaux ne peuvent connaître d'autre loi que la leur), qui par suite est toujours quelque peu arbitraire puisqu'il n'existe pas de commune mesure entre la loi française et la loi étrangère, comment nos tribunaux ne s'attacheraient-ils

pas aux circonstances de la cause, à l'opportunité, aux faits ? Comment la jurisprudence de la Cour de cassation en cette matière, comme celle des autres tribunaux, ne deviendrait-elle pas une jurisprudence de fait ? Et n'est-il pas justifiable, puisque de toute façon il faut faire rentrer la loi étrangère dans le système de la loi française, alors qu'elle n'y entre que pour une partie, n'est-il pas justifiable de la regarder l'une fois de l'un côté et l'autre fois de l'autre, selon les besoins et faits de la cause ?

Ceci nous ramène à notre point de départ. La loi étrangère est un fait parce qu'elle doit être prouvée au juge. Mais elle doit être prouvée au juge parce qu'elle n'est pas connue du juge, parce qu'elle ne peut être connue du juge, car la loi étrangère n'est pas une règle s'appliquant à des faits établis, c'est une règle qu'il faut établir et dans sa règle et dans chacun des faits auxquels elle s'applique ; ce qui enlève tout sens et utilité à la règle ; ce qui, à proprement parler, en fait un fait.

2. QUE LA COUR DE CASSATION NE JUGE QU'UNE PARTIE DES PROCÈS

Il est un autre point qu'il reste à mettre en lumière, celui-ci relatif au fonctionnement de la Cour de cassation, à savoir que la Cour de cassation ne connaît pas des procès en entier, mais d'une partie seulement des procès, des chefs qui lui sont déférés.

L'explication se trouve à nouveau du côté de la procédure. La Cour de cassation ayant été instituée comme gardien de la loi, ne devait connaître que de la violation de la loi ; or, la loi, elle n'est jamais violée par la cause, elle ne l'est que par tel ou tel chef

de l'arrêt. On dissèque donc la cause en un certain nombre de chefs ; on en relève quelques-uns qu'on appelle moyens, à la tête desquels on cite un ou plusieurs articles de loi, qu'on prétend avoir été violés par le chef du procès en question.

Relevons que les articles de loi en tête d'un moyen sont toujours articles de loi *française*, bien que l'essence du moyen soit la violation de la loi étrangère ; il en est ainsi par tradition, et nous en France à l'hypothèque constituée en pays grec sur trement. Mais dans ces conditions, la Cour de cassation a jeu facile : elle déclare tout simplement que les articles de la loi française en question n'ont pas été violés.

Req. 19 mars 1872, Craven et autres c. syndic Lethbridge, S. 1872.1.238. La Cour d'appel avait déclaré nulle à l'égard des créanciers français, l'hypothèque sur un navire anglais au profit de créanciers anglais, ledit navire se trouvant amarré en France. La Cour de cassation rejette, en motivant :

Attendu que l'arrêt décide, en droit, que cette hypothèque conférée sur un navire que la loi française range au nombre des meubles, est sans valeur à l'égard des créanciers français ; — Attendu qu'il s'agit de rechercher si cette décision viole les articles cités ;

et évidemment, la loi française n'était pas violée, car ne connaissant pas l'hypothèque maritime, elle ne pouvait parler de l'hypothèque sur un navire anglais.

Evidemment, la Cour de cassation peut en décider autrement. Peu après l'arrêt précité, la loi du 10 décembre 1874 introduisit l'hypothèque maritime en France. Et lorsque la Cour de cassation voulut admettre l'hypothèque sur un navire étranger (Cass. Civ. 25 novembre 1879, Barbaressos c. Nicolaidès, S. 1880.1.257), elle se garda d'affirmer que la loi française n'avait pas été violée ; elle décida que la

Cour l'appel avait déclaré souverainement, par interprétation de la loi grecque, que l'hypothèque était valable selon cette loi, elle décida en outre que la loi du 10 décembre 1874 étant faite pour les navires français, ses formalités sont inapplicables aux navires grecques, et cassa l'arrêt qui avait refusé effet croyons avoir démontré qu'il ne pourrait en être au un navire grec. Décision toute justifiée, sans doute, mais motivée par la violation de la loi du 10 décembre 1874, qui non plus n'avait parlé de l'hypothèque sur un navire étranger.

Retenons toutefois que devant la Cour de cassation, les procès sont disséqués en différents chefs ou moyens, et ce ne sont que certains de ces chefs ou moyens qui sont déferés à la Cour. En pratique, évidemment, c'est le plus souvent le procès tout entier qui est soumis à la Cour de cassation, le demandeur au pourvoi en défère tout simplement tous les chefs à la Cour, et pour tenter toutes les chances, il cite en tête de ses moyens la liste la plus longue d'articles de loi possible, espérant qu'un de ces chefs pourrait avoir violé un de ces articles de loi, et entraînerait ainsi l'annulation de la sentence.

Néanmoins, même lorsque le procès tout entier est ainsi déferé à la Cour de cassation, c'est toujours un procès disséqué par moyens ; ces moyens sont examinés par la Cour de cassation séparément, un par un, et lorsque l'un de ces chefs entraîne l'annulation de la décision, les autres chefs restent debout.

Supposons maintenant que l'un des moyens du pourvoi soit la violation de la loi étrangère. Supposons que la loi étrangère soit réellement violée (elle l'est toujours plus ou moins, par cela seul qu'elle est maniée par un tribunal français). La Cour de cassation devrait-elle casser à cause de cette violation de la loi étrangère ?

Mais rappelons-nous que la loi étrangère n'est pas un principe qui domine la direction de la justice française, elle n'est qu'un moyen de fait, pour arriver à l'issue du procès; elle est si bien moyen de fait que dans de nombreux cas, bien qu'elle soit utile, on peut en faire l'économie et arriver à l'issue du procès par un autre moyen, en se passant de la loi étrangère. Or, en cassant pour violation de la loi étrangère et laissant les autres chefs de la décision intacts, la Cour de cassation indiquerait nécessairement à la Cour d'appel une solution contraire du litige. Est-ce justifiable ? En changeant l'interprétation de la loi étrangère, celle-ci devient inutilisable comme moyen de fait ; la Cour d'appel l'aurait probablement ignorée, ou écartée au nom de l'ordre public, ou remplacée par un autre moyen. En cassant, la Cour de cassation aurait forgé un moyen, qui serait ensuite utilisé à une fin que la Cour de cassation ignore, qu'elle ne veut et probablement n'approuve même pas. Elle s'abstient donc.

Un exemple concret : Req. 18 juillet 1905, Vve Balsan c. Balsan S. 1909.1.97. La loi américaine de l'Etat de New-York dispose que les biens des époux mariés sans contrat sont régis par la loi de la situation des biens ; le régime légal à New-York est une sorte de séparation de biens. Hilarion Balsan, qui était d'origine française et avait conservé sa nationalité, était depuis de longues années établi aux Etats-Unis, où il avait épousé une Américaine. Au moment de la liquidation de sa succession, il fut jugé que le régime applicable était celui du domicile matrimonial des époux, c'est-à-dire la séparation des biens de la loi de New-York. Mais en vertu de cette loi de New-York, la veuve réclama la moitié de la fortune mobilière laissée par son mari en France, le régime des époux mariés sans contrat en France étant la communauté légale.

La Cour de Montpellier rejeta cette prétention, car « le régime matrimonial, ainsi que l'ont fait observer les premiers juges, est indivisible ». Pourvoi en cassation pour défaut de base légale, attendu que l'arrêt attaqué, tout en reconnaissant, qu'en l'espèce, la loi de l'Etat de New-York régissait le régime matrimonial, a écarté l'application demandée de la communauté légale, sans s'expliquer sur les dispositions particulières du droit américain à ce sujet. Rejet par la Cour de cassation, attendu qu'en proscrivant l'application de la communauté légale en France,

la Cour de Montpellier a implicitement, mais nécessairement déclaré qu'elle ne considérait pas la loi américaine comme permettant à une femme mariée sous un régime matrimonial en Amérique, de revendiquer en France le bénéfice d'un autre régime : que l'arrêt attaqué, dûment motivé, n'a en conséquence, violé aucun des textes sus-visés.

Hélas, il était reconnu que la loi étrangère devait être appliquée ; la Cour de cassation motiva donc que l'interprétation de la Cour d'appel est souveraine. Pourtant, il est bien difficile de croire que la Cour de Montpellier ait réellement considéré la loi américaine comme prohibant la divisibilité du régime matrimonial, comme lui fait dire la Cour de cassation. Il s'agissait toutefois de biens français, et la loi française ne saurait s'accommoder de la divisibilité du régime matrimonial. Si la Cour de Montpellier avait considéré la loi américaine du côté de la divisibilité du régime matrimonial, elle aurait dû l'écarter en France au nom de l'ordre public ; peut-être aurait-elle raisonné du renvoi et décliné le renvoi fait par la loi américaine à la loi française ; peut-être aurait-elle employé un autre moyen. A quoi aurait-il servi si la Cour de cassation avait cassé (le demandeur au pourvoi, très habilement, avait soutenu le « défaut de base légale » et non la « violation de la loi étrangère ») ? La Cour de cassation préféra s'abstenir.

Car en matière de lois étrangères, la Cour de cassation ne casse que lorsqu'elle veut modifier la décision du litige, lorsqu'elle veut juger comme tribunal. Ceci pour expliquer sa jurisprudence de fait.

4. LES MOYENS TECHNIQUES EMPLOYES PAR LA COUR DE CASSATION POUR CONSERVER EN FAIT SA LIBERTE DE DECISION

Or, la Cour de cassation est un tribunal. Comme tel, elle a des aspirations et sentiments propres, qu'elle fait valoir par une technique. Regardons cette technique, tour à tour à propos de l'application et de l'interprétation des lois étrangères. Et nous verrons comment la Cour de cassation, tour à tour, élude et utilise ses règles.

L'application

Il est règle formelle, énoncée par la Cour de cassation, incontestée par tous les auteurs, que le choix de la loi applicable, française ou étrangère, tombe sous le contrôle de la Cour de cassation. Or, traduisons cette règle en pratique, et nous avons le moyen technique de la Cour de cassation, qui indifféremment, à son gré, peut déclarer applicable la loi française ou la loi étrangère.

Car reconnaissons-le, s'il est une question d'opportunité, une vraie question de fait, ce choix de la loi applicable en est bien une. La loi française ne prescrit pas l'application de la loi étrangère, elle l'ignore même. Le Code civil, malgré ses dispositions à l'encontre des étrangers, est enfant de la Révolution, qui concevait sa loi civile comme règle raisonnée, abstraite, qui évidemment n'avait nul souci des règles quelconques qui s'observaient autre part, erronées par là même qu'elles ne concordaient pas

avec celle commandée par la raison. Et logique avec elle-même, la Révolution commença par appliquer sa loi à tous les habitants, même qu'ils fussent étrangers, sans aucune condition. Certes, elle ne tarda pas à leur en retirer le bénéfice, mais ce fut pour des considérations politiques, pour obtenir une réciprocité, ou simplement parce qu'elle reconnaissait, en fait, que les étrangers étaient des êtres différents.

Et ce sont là encore les considérations qui dominent nos tribunaux et la Cour de cassation. Ils appliquent la loi étrangère à certaines personnes ou choses soit parce qu'ils les considèrent comme étrangères, comme exclues des règles domestiques de la vie française, soit même avec le but de leur refuser une faculté, et à cette fin ils invoquent indifféremment la loi française ou la loi étrangère, suivant que l'une ou l'autre est moins avantageuse. Car quelles sont les personnes et choses étrangères, non simplement par nationalité, mais étrangères à la vie domestique, c'est une question extrêmement délicate, et dont la solution n'est nullement indiquée par la loi. C'est à vrai dire une question de fait, dont la connaissance, pourtant, est jalousement retenue par la Cour de cassation. Mais regardons le moyen technique.

C'est un moyen très souple et d'une efficacité admirable. La Cour d'appel a appliqué la loi française, permettant aux collatéraux italiens de contester une reconnaissance d'enfant naturel. La Cour de cassation, relevant que la loi italienne renie aux collatéraux cette faculté lorsqu'ils n'ont pas d'intérêt pécuniaire né et actuel, annule l'arrêt, affirmant que la loi française a été violée parce qu'elle a été appliquée (Bari, Cass. Civ. 17 janvier 1899, S. 1899.1.177). La Cour l'appel a appliqué la loi anglaise, décidant que le père anglais, en se mariant avec une Française, ne légitime pas les enfants qu'il avait eus antérieu-

rement de cette dernière. La Cour de cassation annule, décidant que la loi française a été violée parce qu'elle n'a pas été appliquée (Skottove c. Ferrand, Cass. Civ. 23 novembre 1857, S. 1858.1.293). Et pourtant, est-ce que la loi française a été violée ? Cette loi ne décide que ceci : qu'elle est applicable. Quand elle n'est pas applicable, ceci est décidé par les tribunaux, qui peuvent aussi bien écarter la loi française pour appliquer la loi américaine, parce que le contrat de transport a été conclu à New-York, qu'ils peuvent écarter la loi américaine pour appliquer la loi française, parce que le contrat de transport doit s'exécuter en France.

Regardons maintenant en pratique comment la Cour de cassation affirme ses sentiments en ce qui concerne la loi applicable. Voyons pour les abordages :

Rej. Civ. 4 novembre 1891, Wilson, fils et C^o c. Tandonnet et Guignon, S. 1892.1.69, dispose que la faculté d'abandon de l'art. 216, Code commerce, ne doit pas être reconnue aux Anglais. Les faits se présentaient comme suit : le navire anglais Apollo avait abordé et coulé le navire français Précurseur. Le procès étant porté devant un tribunal français, les armateurs anglais entendirent profiter de la *lex fori* et voulaient se prévaloir de la faculté d'abandon de leur navire. La Cour de Rennes la leur refusa, parce que la faculté d'abandon serait une disposition exceptionnelle et de droit civil, dont les étrangers ne peuvent jouir qu'en cas de réciprocité diplomatique, ensuite, parce qu'en cas d'abordage entre navires de nationalité différente, elle préféra pour l'étendue de la responsabilité de l'armateur, se référer à la loi du pavillon du navire abordeur. Ce que préféra également la Cour de cassation, qui approuva pleinement l'arrêt de la Cour de Rennes, dont les raisonnements seulement ne lui parurent pas

assez habiles. Et elle édifia la construction suivante : Les armateurs sont responsables en vertu du mandat qu'ils ont donné à leur capitaine, ce mandat est un contrat. ce contrat est passé à l'étranger, c'est donc la *lex loci contractus* qui est compétente, et la législation anglaise n'accorde pas la faculté d'abandon aux armateurs. Ce raisonnement est devenu depuis jurisprudence constante lorsqu'il s'agit de refuser la faculté d'abandon aux Anglais, Trib. comm. Rouen, 6 juillet 1892, Cl. 1892, 1130. La Cour de cassation le confirma d'ailleurs dans son arrêt Req. 7 novembre 1904, Kendrick et Wilson et C^e c. Fritze et C^e, S. 1919.1.124 (au sujet du même abordage Apollo Précurseur).

Mais si la loi anglaise n'accorde pas la faculté d'abandon à ses nationaux, elle leur en accorde une autre : elle limite la responsabilité des armateurs en cas d'abordage à 8 livres par tonneau de jauge quand il n'y a pas eu de perte de vie humaine, et à 16 livres par tonneau de jauge pour les accidents causés aux personnes. Or, le navire anglais Stokesley coula le navire anglais Shogbrook. Les armateurs du Stokesley prétendirent se libérer par 8 livres par tonneau. Mais le Shogbrook avait porté une cargaison de charbon appartenant à la Compagnie générale transatlantique, compagnie française ; de plus, l'abordage était survenu dans les eaux territoriales françaises. La Cour de cassation déclara que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, pour décider que les armateurs anglais étaient responsables jusqu'à concurrence de la valeur entière de leur navire, Req. 15 février 1905. The Stokesley Steamship Co. Ltd. c. Comp. générale transatlantique, S. 1905.1.209. L'arrêt déclare bien que, vu que l'abordage était survenu dans les eaux territoriales françaises, les armateurs anglais auraient pu invoquer la faculté d'abandon de leur na-

vire, ce que, du reste, ils n'avaient précisément pas intérêt à faire. Il serait certainement intéressant d'entendre la Cour de cassation si, un abordage étant survenu dans les eaux territoriales françaises, les armateurs anglais voulaient invoquer la faculté d'abandon. La Cour de cassation invoquerait-elle encore l'art. 6, Code civil, ou ne déclarerait-elle plutôt à nouveau que les armateurs n'étant responsables qu'en vertu du mandat conféré à leur capitaine, c'est la loi du lieu où ce mandat avait été confié qui devrait être prise en considération ?

Voyons encore la jurisprudence nouvelle quant à l'action en recherche de paternité. La doctrine avait estimé que cette action serait subordonnée à la loi nationale du père, et telles furent également les premières décisions de la jurisprudence après l'autorisation de cette recherche en France. Cette solution, en somme, était logique, ce fut la loi du défendeur, qui avait servi à décider le conflit des lois déjà du temps des invasions barbares ; de plus, nous reconnaissons instinctivement la prépondérance du père dans les rapports de famille. Mais alors que la recherche de paternité était autorisée contre des Français, les étrangers en France dont la loi nationale la défendrait en resteraient affranchis ? On aurait pu déclarer d'ordre public la recherche en paternité. Mais la Cour de cassation trouve un autre moyen : elle déclare applicable la loi de l'enfant (Martin c. Mihaesco, Req. 8 juin 1921, Cl. 1922, 141, la recherche devient possible si l'enfant étranger acquiert la qualité de Français en cours d'instance ; cet arrêt a d'ailleurs fixé la jurisprudence, la Cour de Paris accueille une recherche entre Roumains dont le statut personnel la défend, à la suite d'une renonciation, postérieure au jugement, au droit de décliner la nationalité française de l'enfant, Apolzan, 16 mai 1923, Cl. 1924, 113). Certes, les appréciations chan-

gent à notre époque, et à la différence du droit antérieur nous attachons plus de valeur au droit des enfants qu'au droit des adultes. Toutefois, pour sauvegarder le droit des enfants, l'ordre public aurait amplement suffi. Mais la jurisprudence estime inutile d'accorder aux enfants étrangers un avantage du droit civil français qui ne leur est pas reconnu par leur loi nationale. Et l'arrêt Tomatis (Rej. Civ. 20 janvier 1925, S. 1925.1.49) dispose expressément que la loi nationale de l'enfant est applicable, déclare que la loi du 16 novembre 1912 n'est pas d'ordre public, et refuse l'action d'un enfant italien contre un père français.

Citons un dernier arrêt : Req. 18 novemb. 1912, Société Laitière de Mulhouse c. Ginther, S. 1914.1. 258. Ginther avait cautionné Litzler, gérant de la Société Laitière de Mulhouse. A la fin de la gestion, on constata un déficit, que Litzler promit de rembourser par annuités. Or, cette promesse ne fut pas tenue, et la Société Laitière se retourna contre Ginther. Le cautionnement avait été contracté avant la promulgation du Code civil allemand, alors que l'Alsace était encore régie par la loi française ; la novation entre Litzler et la Société Laitière intervint après cette promulgation. Suivant la loi française, Ginther était libéré par cette novation ; suivant la loi allemande, il restait tenu. Le tribunal civil d'Issoire et la Cour d'appel décidèrent d'appliquer la loi française, en se basant sur l'art. 170 de la loi d'introduction du Code civil allemand, qui dispose que « les lois antérieures continuent à s'appliquer aux rapports obligatoires nés avant la mise en vigueur du Code civil ». Fallait-il appliquer la loi antérieure également aux effets d'une novation passée postérieurement à cette mise en vigueur ? Mais la Cour de cassation approuva évidemment l'application de la loi française, et elle déclara que la loi

d'introduction du Code civil allemand avait été interprétée souverainement par la Cour d'appel (ce qui est motiver de l'interprétation, bien qu'il s'agissait plutôt de l'application — en pratique les choses sont difficiles à séparer).

Cette dernière espèce, néanmoins, nous aura suffisamment montré que la question de la loi applicable est question délicate, qui ne peut être décidée que selon les faits du procès et les besoins de la cause. Car la loi, œuvre du législateur, celle dont la violation doit être sanctionnée par la Cour de cassation, n'en parle pas ; elle en parle si peu que *la Cour de cassation n'ose point faire application de la loi étrangère lorsque cette application n'a pas été demandée devant les juges du fond.*

Et néanmoins, la Cour de cassation se réserve jalousement le contrôle de ce fait de la loi applicable. Et pour cause ; car cette Cour, instituée pour sanctionner une loi abstraite, est en réalité appelée à juger des procès. Mais tous moyens pour constater les faits desquels elle doit connaître lui étant refusés, comment ne s'attacherait-elle pas à un fait n'ayant besoin d'aucune constatation matérielle et relevant uniquement du sentiment d'opportunité et des sympathies de la Cour, comme celui de la loi applicable ? D'autant plus qu'en ce choix de la loi, la Cour a trouvé un moyen pour affirmer ses sentiments, alors que ses moyens d'action sont tellement limités, bien qu'elle rende les arrêts les plus souverains.

L'interprétation

Tout autre est le procédé de la Cour en matière d'interprétation des lois étrangères. Lorsque les juges du fond, voulant appliquer une loi étrangère,

en ont donné une interprétation alléguée erronée, la Cour de cassation rejette les pourvois comme à plaisir, prétextant qu'elle n'a été instituée que pour sanctionner l'atteinte à la loi française, ce qui est exact incontestablement, et extrêmement habile en tant que procédé technique : Car dès qu'une loi étrangère intervient au procès, il est certain que soit la cause, soit les parties, sont choses étrangères, le plus souvent trop peu intéressantes pour motiver la cassation d'une décision rendue en bonne forme par les juridictions inférieures. (En réalité, évidemment, la loi d'institution de la Cour de cassation reste assez étrangère au problème ; elle a toutefois son utilité pratique, celle d'écarter les pourvois dont la Cour ne veut pas connaître).

Or, cette distinction faite par la Cour de cassation entre application et interprétation, dont elle connaît de l'une tout en écartant l'autre, ne pouvait évidemment manquer d'être rapprochée et susciter des critiques. M. Audinet (en note sous *Rej. Civ. 2 juin 1908, S. 1911.1.385*) a pu dire :

Les tribunaux français sont obligés d'appliquer la loi étrangère dans les questions relatives à l'état et la capacité des personnes (références) et notamment à la tutelle. Ils ne pourraient refuser de le faire sans s'exposer à la cassation ; mais l'interprétation qu'ils en donnent échappe à la censure de la Cour suprême. Elle serait souveraine même si, par impossible, elle était volontairement fausse. On ne voit cependant pas quelle raison il y a de distinguer entre la fausse application d'une loi étrangère et le refus de l'appliquer.

La différence est tout simplement une différence de but, poursuivi par des moyens techniques différents. Car il y avait des cas où la Cour de cassation voulait bien redresser, précisément la fausse interprétation de la loi étrangère, et elle y arriva lorsqu'elle le voulut.

Nous nous trouvons en face de la technique de

la Cour de cassation. Laissons de côté sa loi d'institution, qui ne saurait nous guider ; la Cour de cassation ne connaît pas des faits, non pas pour se conformer à une loi déterminée, mais parce qu'elle n'a pas les moyens d'en connaître.

Or, la loi étrangère doit être prouvée devant les juges. Comme il n'y a pas moyen de la prouver devant la Cour de cassation, quoi de plus évident que celle-ci s'en remettra à l'appréciation de la Cour d'appel et rejettera le pourvoi ? Citons un seul exemple (il y en aurait des centaines de pareils) :

Req. 12 novembre 1872, *The Imperial Land Company of Marseilles c. Chauvassaigne et consorts*, S. 1873.1.17. Une société anglaise, possédant des immeubles en France, avait été mise en liquidation sous la surveillance de la Cour de chancellerie, ce qui constitue la faillite de la loi anglaise. Assignée par les obligataires français en paiement des coupons et en remboursement du capital, elle objecta l'incompétence des tribunaux français, la loi française elle-même attribuant compétence au tribunal de faillite. La Cour d'appel décida en faveur des obligataires français, déclarant qu'il n'est pas même établi qu'il y ait eu déclaration de faillite en Angleterre. Et la Cour de cassation approuve :

Que le pourvoi prétend, à la vérité, que, d'après la loi anglaise, la faillite est remplacée, pour les sociétés commerciales, par la mise en liquidation de la société, sous la surveillance de la Cour de la chancellerie, qui opère tous les effets de la faillite proprement dite ; et que c'est à tort que l'arrêt attaqué a refusé de voir dans cette situation, qui est celle de la demanderesse en cassation, un état assimilable et équivalent, à tous égards, à la faillite ; — Mais qu'en supposant que l'arrêt attaqué fût réellement tombé dans l'erreur que lui reproche le pourvoi, cette erreur portant sur les dispositions d'une loi étrangère, ne donnerait pas ouverture à cassation.

Les obligataires demandèrent donc une nouvelle fail-

lite en France. L'Imperial Land Company, toutefois, objecta la maxime *non bis in idem* et l'autorité de la chose jugée, la décision de la Cour de chancellerie ayant été déclarée exécutoire en France entretemps. Mais la Cour d'appel se décida encore en faveur des obligataires, et la Cour de cassation maintint la décision qu'elle avait déjà donnée dans cette affaire, n'ayant pas sous les yeux les documents nécessaires pour connaître de l'affaire :

Attendu qu'en admettant qu'une faillite déclarée en Angleterre puisse toujours faire obstacle à une déclaration nouvelle en France, l'arrêt constate que la mesure prise en Angleterre, en vertu des lois anglaises, pour la liquidation de cette société, n'avait d'après ces lois rien de commun avec la faillite organisée par nos lois, et ne pouvait faire obstacle à ce point de vue à une déclaration de faillite en France ; qu'en supposant que l'arrêt attaqué fût réellement tombé dans l'erreur que lui reproche le pourvoi, cette erreur, portant sur les dispositions d'une loi étrangère, ne donnerait pas ouverture à cassation ; qu'il importe peu que la décision de la haute Cour de chancellerie ait été déclarée exécutoire en France par un jugement et dans des conditions que la Cour ne peut apprécier, aucun de ces documents n'étant mis sous ses yeux, puisqu'on ne conteste pas l'existence de la décision anglaise, mais bien sa portée et ses effets, qui ont dû être appréciés par la Cour d'appel d'après les lois anglaises ; qu'en conséquence, il n'est nullement justifié de la violation des articles de loi susvisés (*The Imperial Land Co. of Marseilles c. d'Armancourt et autres*, Req. 29 avril 1885, S.1886.1.118).

Ceci pour la Cour de cassation lorsqu'elle ne veut pas rectifier l'appréciation de la Cour d'appel.

Mais ainsi que nous venons de le voir à nouveau, la loi étrangère ne peut être appliquée en France sans être qualifiée, et c'est à cette qualification où la Cour de cassation trouve également son compte.

L'interprétation de la loi étrangère, certes, elle exige bien une constatation matérielle interdite à la Cour de cassation, savoir celle du texte de la loi

étrangère, que la Cour de cassation ne connaît pas attendu qu'il n'est pas publié au Journal officiel ; ce dont la Cour profite pour écarter les causes dont elle ne veut connaître.

Mais si la cause l'intéresse, elle procède tout autrement. Ce texte qu'elle ne peut connaître, il lui est rapporté par la décision attaquée, et constitue un fait dès lors constant. De plus, ce fait dès lors constant étant une loi étrangère, il s'agit de qualifier cette loi étrangère pour la faire rentrer dans les cadres de la loi française, et qualifier ce texte de la façon la plus souveraine sans être tenu de l'interprétation donnée dans le pays étranger. Or, l'on voit aisément que cette qualification n'exige aucune vérification matérielle, les lumières et les préférences de la Cour y suffisant amplement. Et bien que la loi étrangère constitue un fait, sa qualification, sans laquelle elle n'est point susceptible d'application, constitue un point de droit suivant la Cour de cassation, par cela même que cette qualification rentre dans les moyens de cette Cour.

Rappelons un exemple pratique, l'arrêt Brunet (Cass. Civ. 19 janvier 1819, S.1819.1.174). La Cour de Rouen, assimilant la dénisation en Angleterre à une naturalisation, prononce la déchéance de la qualité de Français. La Cour de cassation, qualifiant cette dénisation de « concession de certains droits et libertés interdits aux étrangers, qui commence la naturalisation, mais qui ne l'accomplit point », annule. Ou l'arrêt G. c. de F., Cass. Civ. 6 juillet 1922, Cl.1922,714. La Cour de cassation, qualifiant la séparation de corps en Italie d'acte de juridiction gracieuse, annule l'arrêt qui avait accordé la conversion en divorce de cette « séparation amiable ».

Analysons ces espèces. La loi au sens étroit, l'expression de volonté du législateur, n'a pas été violée ; car s'il y a eu erreur dans l'exposé des faits, la

lettre de la loi a été respectée. La loi au sens large, en tant que droit — en la détachant du fait, existe-t-elle ? — elle n'a donc pu être violée par la fausse interprétation d'un texte étranger. Mais la loi, en tant que fait, elle l'a très certainement été.

Revenons à la Cour de cassation. Celle-ci ne devrait pas connaître des faits, ce qui du reste ne l'empêche nullement de le faire lorsqu'elle en trouve le moyen. Mais même qu'elle veuille juger en fait, elle n'est pas en mesure de constater les faits. Pour se procurer un moyen d'emprise, elle se met donc à qualifier les faits. Ce qu'elle fait en matière de contrats, d'enregistrement, d'impôts, dans tous les cas enfin où elle veut juger en fait, elle le fait également dans les cas, à vrai dire bien rares, où la loi étrangère l'intéresse.

Pour résumer la technique de la Cour de cassation :

En ce qui concerne l'application de la loi étrangère ou de la loi française, la Cour de cassation contrôle ce point, d'une part parce qu'il ne nécessite aucune constatation matérielle, et d'autre part parce qu'elle peut indifféremment déclarer applicable la loi française ou la loi étrangère.

En ce qui concerne l'interprétation de la loi étrangère, le chemin montré à la Cour de cassation est de ne pas en connaître. Mais lorsqu'elle veut en connaître, elle en trouve le moyen, en qualifiant les faits de la cause, et notamment la loi étrangère.

5. APPRECIATION DE LA JURISPRUDENCE

Nous venons d'exposer le système de la Cour de cassation, décrire plutôt, sans le critiquer ni le justifier. Et critiques aussi bien qu'approbations seraient inutiles, le système de la jurisprudence se justifie lui-même de ce qu'il existe.

Il nous reste toutefois de juger cette jurisprudence, ne serait-ce que pour répondre aux critiques qui voudraient la faire changer. Ou plutôt que juger, disons dégager la place de cette jurisprudence dans le système de la loi, la rattacher d'une part aux textes, qui en consacrent la légalité, et d'autre part aux faits, qui en attestent l'opportunité. Nous l'examinerons donc, au point de vue des textes d'abord, au point de vue pratique ensuite.

Au point de vue des textes.

La Cour de cassation a été instituée pour sauvegarder l'autorité du pouvoir législatif, pour éviter que l'œuvre du pouvoir législatif, la loi, ne soit érudée par des tribunaux opposés au pouvoir. La loi étrangère n'étant pas l'œuvre du pouvoir législatif, la Cour de cassation n'a rien à y voir.

La Cour de cassation n'a pas été instituée pour assurer l'unité de la jurisprudence. Ce n'est pas à la Cour de cassation que devrait être adressé le reproche que l'interprétation de la loi étrangère est dépourvue d'unité en France, si ce reproche était fondé.

Toute l'évolution du caractère de la Cour de cassation repose sur la coutume, les textes n'y ont rien contribué. L'évolution coutumière de la Cour de cassation, en matière de lois étrangères, a produit le système que nous avons exposé et pas un autre, ce qui le justifie au point de vue formel.

Au point de vue pratique.

Toute la jurisprudence de la Cour de cassation est conditionnée par deux questions préalables :

1. Est-ce que la Cour de cassation peut casser (a-t-elle les moyens d'examiner la cause) ?
2. Est-ce que la Cour de cassation veut casser (est-ce que la cause l'intéresse) ?

Ce sont ces conditions elles-mêmes qui ont produit le système de la Cour de cassation en matière de lois étrangères, qui l'expliquent et nous font comprendre qu'il ne pourrait pas être autre.

1. La Cour de cassation connaît de l'« application », parce que celle-ci n'exige aucune constatation matérielle ; elle ne connaît pas de l'« interprétation », qui exigerait la vérification des texte et caractère de la loi étrangère.

2. La Cour de cassation connaît de l'« application » de la loi étrangère, qui en pratique se résoud en l'application ou non-application de la seule loi française, qui évidemment l'intéresse ; elle ne connaît pas (en principe) de l'interprétation de la loi étrangère, qui nécessairement implique choses ou personnes étrangères, dont la Cour de cassation se désintéresse.

Evidemment, la Cour de cassation est devenue tribunal. Il fallait adapter le principe aux causes qu'elle juge. Parfois, contrairement à son système, il convenait de ne pas juger, parce que la cause ne

justifiait pas une cassation, ou parce qu'elle aurait maladroitement changé une partie du litige dont elle ne connaissait pas en entier. D'autres fois, bien qu'il s'agissait de l'interprétation de la loi étrangère, il était désirable de rectifier les appréciations des juridictions inférieures, pour sauvegarder des intérêts français.

Et la Cour de cassation y arriva — sa technique, en matière de lois étrangères, doit être reconnue parfaite. Lorsqu'elle ne pouvait pas juger, elle arriva à juger en qualifiant les faits de la cause, dont fait partie la loi étrangère. Lorsqu'elle ne *voulait* pas juger, elle s'abstint de juger, en déclarant indifféremment applicable, soit la loi étrangère, soit la loi française.

Il reste l'inconvénient pratique qu'on a voulu trouver au système de la Cour de cassation. Bien que celle-ci n'ait pas été instituée à cet effet, elle assure quand même l'unité de la jurisprudence, c'est-à-dire l'unité dans l'interprétation de la loi française. L'interprétation de la loi étrangère, par le système de la Cour de cassation, serait donc dépourvue d'unité ?

Or, précisément, la portée pratique de cet inconvénient est nulle :

Il y en a bien peu d'exemples. Si donc on veut bien admettre que le droit est fait pour s'adapter aux besoins réels de la société plutôt qu'aux conceptions, même excellentes, des techniciens qui l'étudient, on pensera que les divergences d'interprétation dont nous parlons laisseront le monde des affaires assez indifférent (Appert, p. 352).

Bien peu d'exemples est encore beaucoup dire. Nous en trouvons tout juste la moitié d'un, Req. 22 janvier 1923, Chemin de fer de Madrid-Saragosse-Alicante c. Colon et Abadie, S. 1924.1.73. Le tarif de la compagnie de chemin de fer espagnole comportait

une clause stipulant qu'en cas de contestation, les tribunaux espagnols seront seuls compétents. La Cour d'appel avait décidé que cette clause exigeait une homologation du gouvernement espagnol, dont la preuve n'était pas rapportée, et s'étant appuyée très adroitement sur la législation intérieure de l'Espagne, trancha que le tribunal du lieu de destination, en l'espèce le tribunal français, était compétent. La Cour de cassation approuva évidemment :

Attendu que cette application et cette interprétation d'une loi étrangère échappent au contrôle de la Cour de cassation. car il s'agissait d'une question de compétence, et il est bien connu que les Français ne connaissent d'autres juges que les leurs.

Or, l'annotateur de l'arrêt au *Clunet* (Cl. 1924, 161) déplore les conséquences de cette jurisprudence de la Cour de cassation : « Il en résulte que des solutions divergentes sont consacrées par les juridictions françaises relativement aux mêmes textes de droit étranger. Ainsi l'art. 19 dont il était question avait été considéré comme applicable par Pau 18 mars 1919, Cl. 1920, 599 ». Il est exact que la Cour de Pau (*Chemin de fer du Nord de l'Espagne c. Albert frères*) avait reconnu la compétence exclusive des tribunaux espagnols. Mais qui peut dire si, déférée à la Cour de cassation, cette décision aurait été maintenue ? Et si elle avait été maintenue, qu'il en serait résulté des inconvénients ?

Car regardons la question de face. Il ne serait même pas désirable d'assurer l'unité de l'interprétation de la loi étrangère. La loi étrangère n'est pas une règle de l'essence de la loi française, juxtaposable à la loi française, édictant des dispositions obligatoires pour les tribunaux français. C'est une règle d'une essence différente, que la loi française peut regarder de différents côtés ; c'est un fait du procès, qui est

qualifié en relation des autres faits de la cause, mais non pas interprété d'une façon fixée à l'avance, une fois pour toutes. Il serait donc illogique de vouloir assurer l'unité de l'interprétation de la loi étrangère.

C'est de ce point de vue, du reste, qu'il faut partir lorsqu'on se trouve en face de la question pratique, comment faire redresser par la Cour de cassation la fausse interprétation d'une loi étrangère. Ne parlez point d'une loi qui aurait été violée, (ce qui conduirait à un échec inévitable), mais présentez-la comme fait ; ne vous adressez pas à la Cour de cassation comme gardien de la loi, adressez-vous à la Cour de cassation comme troisième degré de juridiction. Et si vous réussissez à démontrer l'iniquité de la décision rendue et à toucher les juges, la Cour de cassation cassera, en qualifiant les faits de la cause.

TROISIEME PARTIE

EN ELARGISSANT LE CADRE DE LA QUESTION

I. LA LOI DES TERRITOIRES ANNEXÉS ET CELLE DES COLONIES ET PROTECTORATS

Pour nettement dégager la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de lois étrangères, pour montrer d'une façon plus saisissante que cette jurisprudence n'est que conditionnée par un état de faits (ce que la Cour de cassation peut juger), mais qu'elle peut être influencée par des motifs psychologiques (ce que la Cour de cassation veut juger), il convient de la rapprocher de l'ensemble de la jurisprudence ; il convient de la rapprocher en particulier d'une hypothèse assez semblable, celle d'une part où il s'agit de la violation de la loi d'un territoire annexé, et celle d'autre part où il s'agit de la violation de la loi indigène dans nos colonies et protectorats.

1. *Territoires annexés.*

Il ne souffre pas de doute pour les auteurs que la violation de la loi qui, dans le passé, avait régi un territoire annexé à la France, donne ouverture à cassation. Cette loi, aussi bien que le sol sur lequel, autrefois, elle exerçait son empire, est devenue loi française et jouit donc de la garantie de la cassation. La jurisprudence décide dans le même sens, de façon constante, d'autant plus que dans la plupart des cas, l'application de la loi du territoire annexé a été consacrée par un texte exprès du législateur français.

Mais regardons le problème du côté technique. De ce que la violation de la loi du territoire annexé est jugée par la Cour de cassation, il s'ensuit que cette loi n'a besoin d'aucune preuve. C'est bien plus qu'une loi naturalisée, c'est une loi ajoutée à la loi française, de même façon que le territoire annexé a été ajouté au territoire français. Le juge français, outre sa loi nationale, sera censé de connaître le système aussi complexe, et plus complexe parfois, de la loi du territoire annexé. Et nos juges de s'incliner devant cette tâche presque surhumaine. Pour quelle raison ? La raison est toute psychologique. Il faut ménager les habitants de ces territoires, il faut gagner leurs esprits à la cause française, pour que ces nouveaux membres de la famille française prêtent leur concours à la volonté nationale, qui forme la nation.

Mais ce motif peut faire défaut, et dans ce cas la violation de la loi du territoire annexé ne donne pas ouverture à cassation. Cela a été jugé d'une façon très suivie lors de l'annexion de l'Italie à la France sous le premier Empire, lorsque la loi italienne fut réputée étrangère bien que les décisions des tribunaux italiens fussent soumises au contrôle de la Cour de cassation. Citons un extrait des débats sous Cass. Civ., 1^{er} février 1813, S. 1813.1.113 :

« Dira-t-on que le royaume d'Italie, gouverné par le même prince que l'empire français, ne peut être qualifié nation *étrangère* ; que les lois italiennes ne sont pas des *lois étrangères* ? Mais devant la Cour régulatrice, toute dissertation à cet égard est superflue : il a été jugé par elle in terminis, et par l'arrêt du 27 août 1812, au rapport de M. Botton Castellamonte, et sur les conclusions de M. le procureur-général, que « quoique l'Empire français et le royaume d'Italie soient soumis au même prince, ils n'en forment pas moins deux monarchies distinctes et séparées ; d'où il suit que les tribunaux italiens sont réputés étrangers, relativement aux tribunaux français, comme ceux-ci le sont à l'égard des tribunaux italiens ».

Il est vrai, à cette époque la Cour de cassation était l'auxiliaire du législateur, qui était le même pour les deux royaumes.

Mais en soumettant les jugements italiens au contrôle de la Cour de cassation, tout en écartant la loi italienne de sa compétence, on arriva à une justice singulière : Les intéressés au corsaire français l'Aventurier c. les chargeurs génois du navire l'Europe, Cass. Civ. 29 mars 1809, S. 1809.1.188. Le corsaire français l'Aventurier avait capturé le brigantin ragusais l'Europe, chargé à Gênes par des négociants de cette ville, pour le compte de Portugais. L'Europe fut ramenée à Gênes et le litige porté devant le consul français, qui décida qu'il y avait lieu de relâcher le navire ; celui-ci s'empressa de faire voile. Mais le corsaire français ne se tint pas pour battu et il appela devant le tribunal des Bouches-du-Rhône, qui déclara la prise bonne et valable, et, le navire étant parti, condamna les chargeurs génois au remboursement de la valeur de la cargaison. Confirmation par la Cour d'Aix. Mais il s'agissait d'exécuter cet arrêt de la Cour d'Aix, qui avait besoin d'un exequatur, l'Empire de France et le Royaume d'Italie étant réputés étrangers l'un à l'autre ; comme on s'en peut attendre, cet exequatur fut refusé par la Cour de Gênes. Pourvoi devant la Cour de cassation, qui annula l'arrêt de la Cour de Gênes :

Considérant que le gouvernement génois, en consentant à l'établissement d'un consul français sur son territoire, était censé avoir pris l'engagement de souffrir l'exercice de sa juridiction, et l'exécution des ordonnances de ce consul...

et elle motiva sa décision :

D'où il suit que les jugements des 19 pluviôse an 6, 29 pluviôse et 7 ventôse an 7, avaient acquis l'autorité de chose jugée, et que l'arrêt attaqué, en refusant d'en ordonner l'exécution contre les négociants génois avec qui ils étaient rendus,

et sur le territoire génois, a fait une fausse application des lois relatives aux jugements rendus en pays étranger, et contrevenu à l'autorité de la chose jugée et au droit des gens ; — Casse.

C'est l'autorité de la chose jugée en France et le droit des gens qui devaient servir à écarter l'opinion de la justice génoise.

Mais en général, on accorde la cassation à la loi des territoires annexés, car il faut ménager les habitants de ces territoires, et pour ménager les habitants de ces territoires on arrive à des décisions qui ne sont point exigées par la logique juridique, tel que Req. 18 thermidor an 12 : les arrêts rendus par les anciens tribunaux de France contre des étrangers, ne peuvent être exécutés sur les biens de ces étrangers réunis au territoire français, sans que ces arrêts soient assujettis à la revision ci-devant usitée dans les pays réunis, S. XII.2.192 ; ou Cass. Civ. 21 novembre 1809, Sellon c. Tourton-Ravel, l'hypothèque générale constituée à Genève avant la réunion à la France s'étend sur les biens situés en France à partir du traité de réunion entre la République française et celle de Genève du 7 floréal an 6, S. 1810. 1.65.

On utilise même le principe que la loi des territoires annexés donne ouverture à cassation à des fins extraordinaires. Cass. Civ. 10 janvier 1842, Le préfet du Doubs c. Boigeal, S. 1842.1.236, décide qu'avant la réunion de la principauté de Montbéliard à la France, les princes de ce pays étaient princes souverains et non simplement seigneurs féodaux ; que, par suite, le contrat d'accensement consenti le 20 juillet 1792, au nom du prince de Montbéliard, aujourd'hui représenté par le domaine de l'Etat, a été, non un exercice de la puissance féodale, mais une concession d'un prince souverain. Et l'arrêt qui avait déclaré les redevances du concessionnaire abolies par les lois suppressives de la féodalité est cassé.

C'est un bel exemple comment la Cour de cassation procède par qualifications lorsqu'elle veut juger en fait. Notons du reste que le demandeur au pourvoi était le préfet du Doubs, au nom du domaine de l'Etat.

Cette loi des territoires annexés jouit même de plus de ménagements qu'une loi française, bien qu'importée, et qui se rapproche du cas que nous étudions : les lois romaines appliquées dans l'ancienne France. Bien que le principe que ces lois donnent ouverture à cassation ne soit pas contesté et qu'il y ait même eu de rares cassations, notamment Cass. Civ. 12 août 1812, dame Delambre c. sieur d'Héricy, S. 1813.1.9, qui débute :

Vu la loi 24, au D. de contrahendâ emptione, et l'art. 85 du règlement relatif à la coutume de Normandie, cotinû sous le nom de *placites*, ayant force de loi dans la province de ce nom...

la Cour préfère ne pas s'en mêler, déclarant que bien que les lois romaines aient été obligatoires dans l'ancienne France, elles ne l'étaient qu'avec les modifications y apportées par la jurisprudence des Parlements, qui sont constatées, en fait, par les tribunaux inférieurs. Et jusqu'en 1881, Cass. Civ. 15 mars 1881, Commune de Vaison c. de Blégier, S. 1881.1.213, la Cour décide un litige sur la possession d'eaux concédées sous l'empire de la loi romaine, sans toucher à la loi romaine :

Attendu, en droit, que les lois romaines observées dans le Comtat Venaissin à l'époque de ce contrat n'interdisaient pas au prince de faire sur les eaux surabondantes des fontaines publiques des concessions à des particuliers,

mais en cassant pour violation du nombre des experts.

Pour revenir à la loi des territoires annexés, la première annexion plus importante et pour laquelle

le principe que la violation de la loi antérieure donne ouverture à cassation, fut rigoureusement appliqué, fut l'annexion de la Savoie et du comté de Nice en 1860. Du reste, on pouvait justifier cette solution encore d'une autre façon, car cette loi antérieure fut formellement reconnue par un texte du droit français, le décret du 22 août 1860. Et nous voyons la Cour de cassation s'incliner jusque devant l'ancienne jurisprudence des Etats sardes, Req. 28 avril 1873, Commune de Rotherens c. Rey et autres, S. 1877.1.103 ; sanctionner la violation du Code de procédure sarde, Cass. Civ. 29 novembre 1876, Consorts Barrier-L'Héritier c. Ruphy, S. 1877.1.103 ; assurer l'égalité des enfants dans la succession de leur père suivant la loi sarde, Cass. Civ. 16 mars 1880, Dunand Frères c. Bünaz-Dunand, S. 1882.1.174 ; approuver la défense faite aux petits-enfants de se marier sans le consentement de leur mère, Req. 22 janvier 1883. Donandi c. Donandi, S. 1884.1.25 ; appliquer le régime hypothécaire sarde, Rej. Civ. 23 mai 1883, Vve David c. Gex et Perrier, S. 1883.1.397.

Car ainsi que le disait le conseiller Babinet sous l'arrêt du 22 janvier 1883 :

Or, la loi sarde pour les droits et actes antérieurs à l'annexion, ce n'est pas une loi étrangère. C'est une loi française, dont les intéressés ont le droit d'exiger le respect par tous les tribunaux et dont l'inobservation entraîne cassation. Votre jurisprudence à cet égard est certaine, même quand il s'est agi d'actes de procédure.

Si bien que la Cour de cassation procède d'office, sous prétexte d'ordre public, à la vérification de la régularité des actes législatifs sardes, bien qu'elle constate expressément que cette régularité n'avait pas été contestée devant les juges du fond, et qu'elle constitue donc un moyen nouveau, Rej. Civ. 23 juin 1908, Commune d'Aspremont c. Chapitre des chanoines de Nice, S. 1911.1.241.

Une autre fois, également dans une affaire ecclésiastique, Dmes Bauquis et autres, Cass. Crim. 27 avril 1912, S. 1914.1.171; les Sœurs qui étaient poursuivies pour avoir dirigé un établissement ecclésiastique non autorisé et que les juges du fond avaient déclarées autorisées par un billet royal et des lettres patentes du roi de Sardaigne, s'avisèrent à invoquer à l'encontre du pourvoi que la violation de la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation. Ce qui effaroucha évidemment la Cour de cassation, qui statua :

Attendu que les demanderesses élèvent, à l'encontre du pourvoi du ministère public, une fin de non recevoir, prise de ce que, le prétendu billet royal et les lettres patentes dont il s'agit émanant d'un souverain étranger, le roi de Sardaigne, l'interprétation et l'appréciation de ces titres rentrent essentiellement dans les attributions exclusives des juges du fait, et échappent au contrôle de la Cour de cassation ; — Attendu que, si la Cour de cassation, instituée pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de la jurisprudence, n'a pas mission de redresser la fausse application des législations étrangères, ce principe est inapplicable, lorsqu'il s'agit, comme au cas de l'espèce, de la législation qui régissait, avant son annexion, un territoire annexé à la France ; qu'alors, en effet, la loi étrangère, antérieure à cette incorporation, se trouve assimilée à une loi française, puisqu'elle concerne un pays devenu français.

Néanmoins, la Cour de cassation dut se reconnaître matériellement hors d'état de statuer sur ces actes d'un souverain étranger, et elle trouva alors que ces actes ne renferment pas de dispositions d'intérêt général, et affectent les formes et le caractère d'actes administratifs ; et elle déclara d'office que l'interprétation en appartenait à l'autorité administrative et cassa pour excès de pouvoir.

Cette belle ardeur dura jusqu'à ce que les territoires annexés en 1860 furent tellement soudés à la France qu'on se souvient à peine qu'ils en aient jamais été séparés ; et Req. 10 mars 1925, Ville de

Nice c. Siry, S.1927.1.30, déclare, au sujet d'une bande de terrain incorporée à la voie publique bien qu'elle en fût séparée par une bordure, et que la Ville de Nice prétendait occuper sur la force d'un règlement du Roi de Sardaigne :

Attendu qu'en supposant que le jugement attaqué eût réellement méconnu le sens et la portée du règlement annexé au décret royal du 20 juin 1858, cette erreur portant sur les dispositions d'une loi étrangère, ne donnerait pas ouverture à cassation.

Sans doute, les juges de la Chambre des requêtes n'avaient en ce moment pas d'autre motif sous la main.

L'autre annexion importante entraînant application de la loi antérieure est celle du retour de l'Alsace-Lorraine par le traité de Versailles. Et à cette occasion, bien plus qu'en 1860, on ne reconnut pas seulement la loi antérieure pour ce qui concerne le passé, la loi du 17 octobre 1919 en maintint même provisoirement l'application pour l'avenir. Il était donc hors de tout doute que cette loi jouit du privilège de la cassation, bien qu'elle ne fût, en somme, que la loi allemande. Les décisions sont en effet innombrables. *Rej. Civ.* 23 février 1925, *Ville de Mulhouse c. Wendel*, S.1925.1.374, examine la procédure « locale » suivant le Code de proc. allemand : *Cass. Civ.* 19 mai 1925, *Bauer c. Hanquez*, S.1925.1.126, relève que la Cour d'appel de Douai a donné au mot « cohabitation » une interprétation littérale qui n'est pas celle du mot allemand dans la version allemande, et casse pour violation de l'art. 1717, *Cod. civ. allemand*. C'est aller loin, vouloir sauvegarder l'esprit de la loi allemande, et cela devant la Cour de cassation qui possède si peu de moyens d'information, à la différence de ce que certains auteurs se complaisent à prétendre, pour connaître cet es-

prit. C'est signe éclatant que la Cour de cassation *veut* accorder la garantie de la cassation aux habitants des territoires annexés, et pour le faire elle n'hésite point devant des efforts extraordinaires qui, à la vérité, dépassent les cadres de cette Cour. Citons encore les divers arrêts du 14 mai 1923 sous S.1923.1.321 ; mais nous ne finirions pas à citer tous les arrêts, le principe est certain que la violation des lois allemandes appliquées en Alsace donne ouverture à cassation. Mais le principe est tout aussi certain que la violation de ces mêmes lois allemandes, appliquées en Allemagne ou à des Allemands, ne donne pas ouverture à cassation. Est-il exemple plus convaincant que la loi, lorsqu'elle est mise en pratique, n'est point une règle abstraite, mais bien une circonstance dépendant tant de celui qui l'applique que de la chose à laquelle elle est appliquée ; en autres mots, que la loi, lorsqu'elle est appliquée, devient un fait ?

D'autre part, bien que la loi « locale » de l'Alsace-Lorraine ne soit autre que celle édictée par le législateur allemand, bien que la Cour de cassation s'efforce à respecter l'esprit de cette loi locale ; en pratique, la jurisprudence française arrive à des solutions contraires à celles consacrées par la jurisprudence allemande (note sous Req. 27 février 1922 *Stamm c. dame X...*, S.1924.1.217). Où reste la règle abstraite ? C'est aussi signe que malgré le bon *vouloir* de la Cour de cassation de juger une chose que raisonnablement elle ne *peut* juger, elle n'y arrive pas complètement.

2. Colonies et protectorats.

Autant de soins qu'on met à examiner la loi des territoires annexés sur tous les degrés de juridiction jusqu'à la déférer en cassation, autant de soins on emploie à affirmer la solution contraire en ce qui

concerne la loi des colonies et protectorats.

Pourtant, la loi des territoires annexés est loi d'un pays étranger, destinée à disparaître, tandis que celle des colonies et protectorats est loi française, destinée à survivre. Mais la raison est évidente, les habitants des territoires annexés sont considérés comme égaux, comme Français, jusqu'au point de vue de la juridiction, tandis que cela n'est point le cas pour les habitants des colonies et protectorats, qui restent indigènes sujets ou protégés. Cette solution du reste n'a rien de choquant ni de contradictoire, en effet, en matière de lois des territoires annexés, des colonies ou protectorats, la Cour de cassation française ne peut point exercer son rôle qui est de sauvegarder les actes du législateur, tout simplement parce que ces diverses lois ne sont pas l'acte du législateur français. En cette matière, la Cour de cassation ne peut donc être que troisième degré de juridiction. Et est-il choquant que pour la loi indigène il n'y ait que deux degrés de juridiction, alors que dans bien des cas il y en ait trois pour la loi de la métropole ? Comme l'a justifié l'un des auteurs, pour ne pas donner libre cours à l'esprit de chicane, déjà trop développé chez les peuples orientaux.

Et en effet, cette solution est parfois consacrée par des textes formels (Voir l'énumération dans Crépon, t. I, N^{os} 627 à 640). En examinant les textes rapportés sous Req. 3 juillet 1893, S. 1895.1.118, il apparaît que le pourvoi n'est point recevable contre les décisions des tribunaux algériens statuant en matière indigène. La même solution est consacrée pour Madagascar (décret du 24 novembre 1898). De sorte que selon M. Appert (note sous Cass. 5 juillet 1899, S. 1900.1.281), les seuls territoires où la question de la cassation pour violation des lois indigènes puisse se poser, sont l'Afrique occidentale, l'Inde et l'Indochine (et pour cette dernière en Cochinchine seu-

lement, constituée à l'état de colonie, alors que les 4 autres parties de l'Indochine constituent des protectorats), et peut-être en Océanie. Mais en matière coloniale, outre que les textes possèdent le caractère assez souligné de la spécialité, ils possèdent encore celui d'être touffus, contradictoires, et d'être légion. Et malgré cette interdiction formelle et ce labyrinthe de textes, ou peut-être même à cause de ce labyrinthe de textes, la Cour de cassation a bien rarement refusé de connaître des pourvois contre les décisions des tribunaux algériens en matière indigène, elle les reçoit, les examine soigneusement, et les rejette en répétant in extenso les motifs des premiers juges. Et dans cette procédure, elle ne fait aucune différence entre la loi des colonies et celle des protectorats ; c'est donc vraiment un luxe inutile que de vouloir distinguer.

Mais attendu que la Cour de cassation rejette tous les pourvois alléguant la violation de la loi indigène, pourquoi donc les examine-t-elle ? C'est parce que la Cour de cassation n'a point de notion précise de ce qui est la loi, évidemment les actes du législateur, mais il y a encore bien d'autres choses dont elle connaît, et qu'elle qualifie de loi pour la simple raison qu'elle en connaît. Or, en la matière qui nous intéresse, il y a eu de véritables actes du législateur français, telle la capitulation du 5 juillet 1830 pour l'Algérie, l'arrêté du Gouverneur général du 6 janvier 1819 pour l'Inde, garantissant aux indigènes la jouissance de leurs lois et coutumes. Et lorsque la Cour de cassation raisonna que la loi étrangère donnerait ouverture à cassation lorsque l'application en serait commandée par un texte de loi française, elle ne pouvait refuser cette cassation à la loi indigène dont l'application était sanctionnée par ces textes du droit français. Elle se décida donc à l'examiner. Mais alors se posa la difficulté : mal-

gré toute bonne volonté, la Cour de cassation n'avait point les moyens matériels pour examiner cette loi étrangère, dont le texte, s'il était écrit du tout, n'était pas écrit en français, et dont l'esprit n'était très certainement pas traduisible en français. Pour constater cette loi, il fallait avoir recours à témoins et experts, que la Cour de cassation ne pouvait convoquer. Quoi d'étonnant que se jugeant tenue par les textes à examiner les pourvois, elle les rejeta en adoptant les motifs des juges du fond ? Et les auteurs de justifier cette solution en expliquant que les lois indigènes subsistent dans les colonies françaises moins avec le caractère de lois qu'avec celui d'usages ou coutumes, dont l'interprétation appartient souverainement aux juges du fond (note sous Cass. Crim. 27 avril 1912, S. 1914.1.171).

Mais la Cour de cassation changea son raisonnement en matière de lois étrangères. Ce n'est plus lorsque son application est commandée par la loi française que la loi étrangère donne ouverture à cassation, en principe elle ne donne jamais ouverture à cassation, et sa fausse interprétation n'est redressée que lorsque la Cour de cassation juge en fait. Un raisonnement similaire fut appliqué aux lois indigènes ; celles-ci ne donnent jamais ouverture à cassation. On fait à vrai dire une exception, lorsque le texte de la loi indigène est visé et promulgué par l'autorité française. En effet, ce texte en français peut être contrôlé par la Cour de cassation ; mais c'est bien plus qu'un texte en français, c'est un texte français, et l'on peut se demander ce qui y est resté de l'esprit de la loi indigène après la traduction et l'application par les tribunaux français.

Quels sont donc, pratiquement, les cas dans lesquels la Cour de cassation redresserait la violation de la loi indigène ? Il ne faut point s'attendre que la Cour de cassation juge en cette matière en fait, à

moins qu'il ne s'agisse d'impôts à recouvrer. Les indigènes aux colonies sont peu intéressants ; les Français aux colonies sont régis par la loi française ; et cette loi française est également applicable aux indigènes lorsque ceux-ci désirent s'y soumettre, solution formellement consacrée pour l'Algérie, l'Inde et l'Indochine. Ne reste donc que la loi indigène dont le texte a été visé et promulgué par l'autorité française. Or, ces textes sont excessivement rares, on ne peut guère citer que le Code Philastre, rapportant quelques maigres dispositions de la loi annamite, qui sont d'ailleurs librement complétées par les tribunaux. Cela revient donc à dire que pratiquement, la loi indigène ne donne jamais ouverture à cassation, et que les décisions des tribunaux coloniaux ne sont jamais cassées, à moins que ce ne soit, dans de très rares cas, pour vice de forme.

Algérie : Req. 23 novembre 1858, Fabus c. Ahmed, S.1859.1.340 : La preuve suivant la loi musulmane est refusée par la Cour d'appel et par la Cour de cassation, la Cour d'appel ayant jugé cette preuve non admissible, non en droit, mais en fait. — Req. 20 juin 1864, Ben Kanfound c. Zermatti, S.1864 1.328 : Le pourvoi allègue la violation de la loi musulmane quant à la preuve :

Attendu que, si la loi musulmane devait, dans l'espèce, être consultée pour l'admission des parties à la preuve testimoniale par elles réclamée, il ne s'ensuit pas que, dans l'établissement de cette preuve, le tribunal dût nécessairement s'assujettir aux dispositions particulières ou aux formalités de ladite loi en cette matière, alors que ces dispositions et formalités se trouveraient en contradiction avec le principe de la législation française.

Rej. Civ. 29 mai 1865, Lévy c. Lévy, S.1865.1.378 : l'arrêt qui décide que le testament olographe d'un Israélite algérien, écrit par un tiers en langue arabe-hébraïque, « est revêtu des formes requises en cette

matière par les lois et coutumes qui régissent les Israélites en Algérie », a suffisamment motivé, en fait et en droit, sa décision sur la validité de cet acte. Cass. Civ. 25 mars 1873, Hassan-ben-Kelhil-el-Turki c. Sid-Ali-ben-Ahmed, S.1873.1.333 ; le moyen qui allègue la violation du droit musulman contre l'arrêt qui avait validé un habous est rejeté : « Attendu que le pourvoi ne signale la violation d'aucune loi et s'appuie exclusivement sur des opinions de jurisconsultes ». L'arrêt est cassé pour un vice de forme, pour avoir repoussé également le partage des biens non habousés. — Req. 10 janvier 1877, Consorts Allègre c. Mohamed-ben-Janina, S.1877.1.99 ; l'arrêt qui reconnaît la validité d'un habous échappe à tout critique, attendu « qu'il n'existe, à cet égard, que des traditions contestées dont l'inobservation dans un jugement ne saurait fournir un moyen efficace de cassation ». — Rej. 7 août 1878, Si-El-Habib-Ould-Cadi c. Si Cadi, S.1878.1.362 ; le pourvoi d'un litige entre Algériens, jugé suivant la loi musulmane, n'est admissible, même pour irrégularité dans la composition du tribunal, car :

pour que le pourvoi soit recevable contre une sentence, un jugement ou un arrêt entre musulmans algériens, il faut deux conditions liées l'une à l'autre, 1^o l'option des parties ayant eu pour effet d'entraîner la compétence du juge de paix ; 2^o l'application de la loi française en vertu de cette option ; — Que, par conséquent, soit qu'il s'agisse d'une décision de cadi ou de juge de paix appliquant le droit musulman, ou d'une décision d'appel rendue à la suite, il ne saurait jamais y avoir ouverture à pourvoi, malgré la gravité des vices dont ces décisions peuvent être entachées ; — Que vainement on oppose que l'irrégularité dans la composition du tribunal d'appel constitue une violation, non de la loi musulmane qu'on a voulu attribuer au domaine exclusif et souverain du juge local ; — Qu'en effet, le principe qui interdit aux parties le recours en cassation contre les décisions des tribunaux, statuant entre musulmans et d'après la loi musulmane est général et absolu ; qu'il ne comporte aucune exception ; que le système actuel ne fait pas plus de place que le précédent à la Cour de cassation

dans l'organisation de la justice indigène en dehors des cas où la contestation est régie par la loi française d'après l'option des parties et que, quelles que soient les vues qui aient dicté ce principe, il doit être strictement obéi et maintenu.

L'arrêt étaie sa doctrine sur un nombre imposant de textes.

Req. 12 novembre 1878, Séror c. Tabet, S.1879.1.107 ; en décidant que la loi mosaïque permet au père de disposer de ses biens comme il l'entend, et ne reconnaît en faveur des enfants et descendants aucun droit de réserve, la Cour d'Alger n'a fait qu'une juste application des principes du statut mosaïque, et n'a violé aucun de ceux du Code civil qu'invoque le pourvoi. — Req. 18 mai 1886, Gabay c. Gabay, S.1886.1.243 ; le litige roulait autour du régime matrimonial de juifs marocains mariés à Oran avec un contrat de këtouba :

Attendu que dans l'autre cas, l'arrêt a déclaré que la loi mosaïque applicable aux Marocains était la coutume des réfugiés de Castille, entraînant de plein droit la communauté des biens, et que cette interprétation d'une loi étrangère n'a pu donner ouverture à cassation.

Rej. Civ. 13 juin 1893, Sidi Belkassem c. Vve Ali ben Karkeri, D.1894.1.169 ; l'arrêt maintenant la vente des biens d'un interdit musulman, bien que ni les formalités de la loi musulmane, ni celles de la loi française, n'aient été observées, échappe à la censure de la Cour de cassation, attendu que le pourvoi n'invoque aucun texte précis et que la Cour d'appel déclare que l'inobservation des formalités n'entraîne pas la nullité lorsque l'immeuble a été vendu à sa véritable valeur. — Req. 3 juillet 1893, Consorts ben Kaci c. Ben El Hadj Youb, S.1895.1.118 rejette le pourvoi contre une décision du tribunal de Blidah statuant en matière musulmane, attendu qu'il résulte d'un nombre imposant de décrets, que l'arrêt cite d'ailleurs :

que si le recours en cassation contre les décisions rendues en matière musulmane est autorisé pour la région du Tell, en étant limité d'ailleurs aux cas d'incompétence et d'excès de pouvoir, il est interdit, d'une manière absolue, pour la Kabylie et les territoires de commandement ; que, dès lors, le pourvoi n'est pas recevable.

Les décisions en matière de habous ne donnent pas lieu à cassation. Rej. Civ. 20 novembre 1900, Dame Vellah ben Salab ben Labiod c. Ben Tchikou, S. 1902.1.345, déclare :

Attendu que, d'après la coutume musulmane, souverainement constatée par l'arrêt attaqué, l'échange des biens grevés de habous contre d'autres immeubles n'a pas pour effet d'entraîner la caducité du habous.

Rej. Civ. 20 novembre 1900, Bach Aga c. Ben Djeloul, S. 1902.1.345 :

Attendu que cette constatation de la coutume musulmane rentrait dans les pouvoirs souverains des juges du fond.

Tunisie : Rej. Crim. 8 août 1889, Lecore-Carpentier, S. 1890.1.239 ; les lois beylicales *approuvées par le Résident de la République Française à Tunis*, sont obligatoires pour tous les Français résidant dans la régence ; surtout lorsqu'elles ne sont que la reproduction de la loi française sur les délits de presse. — Cass. Civ. 26 juillet 1894, Direct. des finances tunisiennes c. Coutayer, S. 1896.1.449 ; la Cour casse pour violation de la loi tunisienne ! Mais il s'agissait d'impôts. L'administration française des finances tunisiennes réclama à Coutayer des impôts fonciers échus depuis plus de 5 ans. Coutayer oppose la prescription de l'art. 2277, laquelle est accueillie par le juge de paix de Sfax, qui la considère comme d'ordre public. La Cour de cassation casse pour violation de l'art. 3, attendu que les immeubles en question sont situés en Tunisie et que la loi tunisienne ne connaît pas la prescription par 5 ans des impôts.

Même solution dans Cass. Civ. 18 mars 1895, Ville de Tunis c. Vve Garsin et autres, S.1896.1.449. La ville de Tunis se prévaut du privilège pour ses impôts, contre lesquels les autres créanciers invoquent la prescription de 5 ans. La décision qui accueille cette prescription est cassée, pour les mêmes raisons. — Rej. Civ. 23 juillet 1901, Targe c. Mohamed ben Belgassem (2 arrêts), S.1906.1.482. Il s'agit de nouveau de habous. Il est évident que cette matière ne sera pas examinée par la Cour de cassation. Mais si celle-ci rejette les pourvois en Algérie pour défaut de textes précis, elle trouve en Tunisie un autre motif :

Attendu que cette décision, basée sur la législation tunisienne, ne tomberait sous la censure de la Cour de cassation que dans le cas où elle serait contraire à un texte législatif promulgué dans la régence par le protectorat français ; Attendu que les décrets beylicaux du 19 mars 1874 et du 25 mai 1876, invoqués par le pourvoi, ne sont pas au nombre de ceux qui ont été visés pour exécution et promulgation par le résident général après l'établissement du protectorat français ; qu'ils ont ainsi conservé tous les caractères d'une loi étrangère ; que, dès lors, en supposant que les juges du fond en aient méconnu le sens et la portée, l'erreur qu'ils auraient commise ne pourrait donner ouverture à cassation.

Même motif du rejet dans le deuxième arrêt Mohamed ben Belgassem c. Targe, le décret beylical invoqué n'a pas été visé par le Résident de la République française.

Mais citons encore un arrêt de cassation, Cass. Civ. 28 mars 1904, Vve de Montes c. Constantini, S.1908.1.221, au sujet d'un enzel tunisien :

Attendu que l'arrêt attaqué déclare qu'Isaac Constantini était l'un des héritiers de Haï Constantini, et qu'aux termes de son statut personnel, il n'était tenu qu'intra vires, et sans confusion de patrimoines, des dettes de la succession ; — Mais attendu que l'arrêt ne fait connaître ni la nationalité d'Isaac Constantini, ni les motifs pour lesquels sa condition juridique, en matière de succession, devait être déterminée par les dispo-

sitions d'une loi étrangère ; qu'ainsi, la Cour de cassation n'est pas en mesure d'exercer le contrôle qui lui appartient sur le point de savoir s'il y avait lieu, dans la cause, d'exclure l'application de la loi française.

Ce qui nous fait voir le motif des rares cassations en matière coloniale : le « défaut de base légale », qui n'est autre chose qu'un vice de forme,

Inde : Req. 15 novembre 1853, Vingadassalamodélier c. Sinivassamodélier, S.1855.1.817, et Req. 8 décembre 1868, Sellapérourumalpoullé c. Virapérourumalpoullé, S.1869.1.289 (les deux arrêts au sujet de l'indivision hindoue), paraissent bien examiner la loi indienne. En y regardant de près, on voit toutefois que la Cour de cassation ne rappelle que la loi telle qu'elle est rapportée par l'arrêt attaqué, ce qui explique aisément qu'elle arrive aux mêmes conclusions que la Cour d'appel : deux rejets. — Cass. Civ. 6 juin 1866, Namassivayachetty c. Ounamallamalle, S.1866.1.280. Une cassation en matière coloniale ! Mais les faits l'expliquent. Un testament indien comportant une espèce de substitution avait donné lieu à de multiples contestations. Une première décision valida la substitution que loin d'être prohibée, elle déclara être conforme à l'esprit général de la législation indienne. Une deuxième décision, appliquant d'office l'art. 896, C. Nap., prononça la nullité des dispositions établissant la substitution. C'est donc surtout une question de contrariété de jugements que la Cour de cassation eut à décider, et qu'elle décida en annulant la deuxième décision, pour violation de l'art. 3 de l'arrêté du 6 janvier 1819, qui garantit aux Indiens la jouissance de leurs lois et coutumes.

Rej. Civ. 5 avril 1876, Ramassaminedely c. Perianayagattammelle, S.1877.1.75, rejette le pourvoi au sujet d'une donation entre Indiens, qui, les par-

ties n'ayant pas déclaré se soumettre à la loi française, restait réglée non par les dispositions du Code civil, mais par celles de la loi hindoue, dont le pourvoi ne relève pas l'inobservation ; que l'arrêt attaqué n'a donc pu violer les dispositions du Code civil invoquées par le pourvoi. — Req. 2 janvier 1878, Coudéamalle et Pajaniapin c. Pajaniamalle, S. 1878. 1.341, par contre, déclare que l'adoption par les parties de la législation française résulte du seul recours par les parties aux formes et principes de la législation française ; la Cour d'appel avait écarté la coutume hindoue excluant les filles de la succession paternelle, ce qui apparemment trouva l'approbation de la Cour de cassation.

Req. 26 décembre 1881, Mavoulaoumalle c. Agamadou Marécar, S. 1882. 1.265, rejette le pourvoi contre la décision annulant une donation par contrat de mariage entre Indiens musulmans, en répétant ce que la décision attaquée lui avait fait connaître de la loi musulmane :

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, d'après le droit musulman, le donataire doit être mis en possession de l'immeuble ou des immeubles objet de la donation, faute de quoi la donation est nulle ; que, si cette mise en possession peut quelquefois être différée, il faut, dans tous les cas, qu'elle ait lieu avant le décès ou la déconfiture du donateur ; que cette règle est générale, et que le pourvoi ne justifie point des exceptions qu'il entend y apporter, notamment en ce qui concerne les donations par contrat de mariage.

A l'occasion de cet arrêt, M. l'avocat général Petiton traça très bien la distinction en faveur à l'époque : le droit musulman appliqué en Turquie n'est qu'une loi étrangère dont la violation ne donne pas ouverture à cassation,

Mais le droit musulman, en tant qu'il est appliqué, en Algérie ou dans l'Inde française aux sujets français, se trouve assimilé au droit français proprement dit, en vertu des lois, décrets ou arrêtés compétemment pris, qui ont proclamé que

les indigènes continueraient à être régis par le droit de leurs castes. Violer le droit de ces castes serait violer par là même les lois ou décrets qui ont ordonné de l'appliquer exactement.

Mais il dut reconnaître que dans l'espèce, la preuve pleine et manifeste n'était pas rapportée ; ce qui du reste est impossible devant la Cour de cassation, à moins que celle-ci ne la recherche d'office et par un effort qu'elle ne consent guère à faire que pour la loi des territoires annexés. Et M. Petiton suggéra alors à la Cour de cassation qu'elle serait mal placée pour apprécier la loi indigène, et que ce serait le cas de se rappeler qu'aux termes des lois des 27 novembre 1790 et 20 avril 1810, la Cour suprême n'a été armée du droit de cassation que pour réprimer « la contravention expresse à la loi ». Il n'eut pas de peine à la persuader.

Relevons par contre encore un arrêt de cassation, Cass. Civ. 21 octobre 1901, Calvé-Kirchenassamychettiar c. Calvé-Sangarachettiar, S.1905.1.461 ; cet arrêt, au sujet des exécuteurs testamentaires chargés d'une fondation indienne, n'eut toutefois tant pour cause la violation de la loi indienne que plutôt la non-violation de cette loi. La loi indienne prescrit aux exécuteurs testamentaires d'agir de concert. Or, en l'espèce, les exécuteurs testamentaires détournaient le patrimoine, dont ils avaient la charge, du but de la fondation, à l'exception d'un seul qui assigna les autres, mais qui fut débouté de sa demande, attendu qu'il n'avait qualité d'agir comme membre du comité, qu'autant que la majorité des membres de ce comité, qui étaient ses adversaires au procès, lui en aurait donné le mandat. La Cour de cassation de casser, pour ces motifs quelque peu contestables :

Attendu que si, dans les Etablissements français de l'Inde, les Hindous sont jugés suivant les lois, usages et coutumes de leur caste, ils sont néanmoins soumis dans les cas non pré-

vus par leur législation particulière aux dispositions générales des Codes français qui sont compatibles avec cette législation ; que, notamment, le juge, à moins qu'il ne relève des circonstances de droit ou de fait de nature à en écarter l'application, doit leur appliquer la règle écrite dans l'art. 1033, C. civ., d'après laquelle, lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, un seul peut agir à défaut des autres, en vue d'assurer la parfaite exécution des dernières volontés du testateur.

En réalité, il n'y avait aucune loi de violée, mais la Cour de cassation s'était émue de la fraude des exécuteurs testamentaires, et une fois émue, elle jugea en fait. Mais pour donner cours à son sentiment de justice, elle ne savait que faire de la loi indienne qui comprend la justice d'une autre façon ; elle jugea donc le fait d'après ses propres vues de justice, qui ne sont autre chose que la loi française, souverainement interprétée par la Cour de cassation.

Indochine : Ces arrêts sont plus récents ; la Cour de cassation possède également, en ce qui concerne la loi annamite, un système bien arrêté. Alors qu'en 1881, l'avocat général Petiton pouvait encore dire que la loi musulmane régissant les indigènes de nos colonies est une loi française, la Cour de cassation affirme constamment que la violation de la loi annamite ne donne pas ouverture à cassation, bien que le décret du 17 juin 1889 dispose que cette loi continue à régir les indigènes de la colonie, à moins que ceux-ci ne déclarent se rapporter expressément à la loi française, de sorte qu'on peut bien affirmer que la loi annamite est appliquée en vertu de la loi française. D'après les affirmations de la Cour de cassation, toutefois, la loi annamite ne donne ouverture à cassation qu'autant qu'elle a été promulguée par la puissance publique française. En effet, une partie de la loi annamite a été promulguée de cette façon, c'est le fameux Code Philastre, qui rapporte quel-

ques dispositions de la loi annamite. Mais regardons les choses de plus près. Supposons que le point en litige n'ait pas été réglé par le Code Philastre — point de cassation ; supposons qu'il ait été réglé par le Code Philastre — alors, attendu que le Code Philastre ne contient que quelques fragments et non pas l'intégralité de la loi annamite, la Cour de cassation peut toujours déclarer que les circonstances particulières de la cause la placent en dehors des prévisions du Code. Du reste, malgré la distinction constamment rappelée par la Cour de cassation, elle rejette méthodiquement tous les pourvois.

Req. 11 novembre 1885, Huynh-Poa et autres c. Ha-Thi-Huong, S.1889.1.69, au sujet d'une liquidation de société après la mort de 2 associés, déclare :

Attendu qu'en droit annamite, selon les constatations souveraines des juges du fond, l'omission d'une formalité, même substantielle, n'entraîne la nullité d'un acte qu'autant qu'il en est résulté un préjudice.

Et ayant repris la loi rapportée par les juges du fond, la Cour de cassation reprend les circonstances de fait rapportées par les juges du fond, et arrive évidemment aux mêmes conclusions. — Même solution dans *Rej. Civ.* 6 décembre 1893, Goui Tug Seng c. Ha-Thi-Huong et Ha-Minh-Chan, S.1894.1.317, au sujet de la succession d'un Chinois laissant une femme annamite en Cochinchine et une femme chinoise en Chine :

Attendu que l'arrêt constate qu'un usage établi dans tout l'Annam depuis un temps immémorial refuse au Chinois le droit de succéder dans ce pays comme héritiers légitimes ou testamentaires ; qu'en l'absence d'une loi écrite, fixant la condition des étrangers dans le régime successoral annamite, il appartenait à la Cour d'appel de fonder sa décision, comme elle l'a fait, sur une coutume par elle reconnue constante.

Même solution encore pour *Req.* 5 juillet 1899, *Pham-Van-Tanh* c. *Dang-Thi-Lanh*, S.1900.1.281, au

sujet de l'usufruit de la mère annamite survivante :

Attendu que, statuant en matière indigène, et ayant par suite à constater les règles de droit annamite applicables à la cause, la Cour de Saïgon déclare souverainement qu'aux termes de la loi annamite, la veuve non remariée a l'usufruit de la totalité de la succession maritale, qu'elle l'exerce sa vie durant...

Citons toutefois un arrêt de cassation, Cass. Civ. 30 juillet 1906, Dame Tran-Thi-Quoi c. Huyngh-Trung-Tinh, D. 1908.1.206, au sujet d'un mariage annamite. Thomas Tinh et Le-Thi-Ben avaient vécu ensemble comme mari et femme pendant près de douze ans, mais à la mort de Le-Thi-Ben, la sœur de cette dernière contesta la validité du mariage pour réclamer la succession. Le tribunal de Saïgon déclara le mariage non existant, faute de production d'un acte de mariage. La Cour d'appel reforma cette sentence, déclarant que de cette cohabitation de douze années et d'autres circonstances, il est résulte une possession d'état, qui dans le droit annamite équivaut à une célébration de mariage et doit en produire les effets civils. Or, il se trouva que cette matière du mariage avait été réglementée par le Code Philastre, qui exige l'intervention de l'officier de l'état civil ; de plus, un décret du 3 octobre 1883 avait organisé l'état civil des indigènes dans la colonie. Et la célébration du mariage par l'officier de l'état civil n'étant pas prouvée et même pas alléguée par aucune des parties, la Cour de cassation cassa, par le motif que :

le législateur a nettement manifesté sa volonté de refuser tout effet civil à la simple possession d'état, soit comme pouvant constituer une preuve ou une présomption de cette célébration.

Peut-être le législateur a-t-il manifesté cette volonté, mais c'est alors certainement le législateur français et non le législateur annamite, qui ne se montre point rigoureux en ce qui concerne les formalités,

ainsi que nous l'avons vu dans une espèce précédente. En annulant l'arrêt de la Cour de Saïgon, la Cour de cassation a incontestablement fait respecter la volonté du législateur français ; si elle a servi le droit annamite est une autre question.

Il vaut décidément mieux qu'en pareille matière, qui ne lui est point familière, la Cour de cassation s'abstienne ; ce qu'elle paraît du reste sentir, car elle rejette les pourvois, l'un après l'autre.

Req. 18 mars 1907, Ha Phuoc Kanh c. Ta To et autres, S.1907.1.344, au sujet de la loi annamite non codifiée :

Attendu que, statuant en matière indigène et ayant, par suite, à constater les règles de droit annamite applicables à la cause, la Cour de Saïgon déclare souverainement qu'aux termes de la loi annamite, le décès du père déplace l'exercice de la puissance paternelle dans la famille annamite et en investit la mère survivante ; que la mère a l'usufruit légal des biens...

Rapportons un passage de Rej. Civ. 7 décembre 1915, Long Công An c. Long Công Luân, S.1915.1.111, au sujet d'une dévolution huong-hoataire, qui explique bien le système de la Cour de cassation :

Attendu qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué s'est livré à une interprétation de la loi annamite qui échappe au contrôle de la Cour de cassation ; qu'en effet, ce contrôle ne peut s'exercer qu'au cas où la loi indigène résulte d'un texte formel, rédigé ou visé et promulgué par le législateur français ; qu'il en est ainsi notamment pour le Précis de législation annamite, auquel le décret du 3 octobre 1883 et l'arrêté du gouverneur général de la Cochinchine du 26 mars 1884 ont donné force exécutoire dans l'étendue de la colonie ; mais que ce Précis règle seulement les matières traitées aux titres 4 à 11 du livre I^{er} du Code civil métropolitain ; qu'il reste étranger aux successions, et notamment à la dévolution huong-hoataire en cas de déchéance du titulaire ; que si les dispositions du Code annamite (traduction Philastre), non régulièrement publiées,

sont à juste titre constatées et appliquées par les juges du fond aux différends entre indigènes et Asiatiques, leur violation ne saurait ouvrir un recours en cassation.

Le huong-hoa, ou fondation pieuse destinée à subvenir à l'entretien du culte des ancêtres, est déclaré dépasser les cadres du Code Philastre.

Rej. Civ. 28 décembre 1915, Epoux Lan-Kiem c. Diep-Diet, S.1916.1.44, déclare, au sujet de la minorité d'un vendeur d'immeuble :

Attendu que, ces textes ayant été édictés par le législateur français, et promulgués dans la colonie, il appartient à la Cour de cassation d'exercer, sur l'interprétation qui en a été donnée par les juges du fond, son pouvoir de contrôle.

Elle en donne toutefois la même interprétation. — Req. 21 octobre 1925, Ngo-Phong-Dieu c. Epoux Tram-Kim-Huy, S.1925.1.228, décide qu'en statuant que la loi annamite interdit aux enfants de partager les biens de leur père pendant la période de deuil, fixée à 27 mois lunaires, la Cour d'appel

s'est livré à une interprétation de la loi annamite qui échappe au contrôle de la Cour de cassation ; qu'en effet, ce contrôle ne peut s'exercer qu'au cas où la loi indigène résulte d'un texte formel, rédigé ou visé et promulgué par la puissance publique française.

Req. 21 février 1927, Mai Toan Xuan, Cl. 1928,44, répète :

Mais attendu que, pour statuer ainsi qu'il l'a fait, le jugement attaqué s'est livré à une interprétation de la coutume annamite ; — Attendu que, cette coutume n'ayant été ni publiée ni promulguée par la puissance publique française, son interprétation échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Req. 18 octobre 1927, Luong-Minh-Nga c. Luong-Van-Tuan, S. 1927.1.392, précise qu'en décidant la validité d'une vente « par application de la loi annamite non régulièrement publiée,

la Cour d'appel a rendu une décision qui échappe au contrôle de la Cour de cassation, ce contrôle ne pouvant s'exercer qu'au cas où la loi indigène résulte d'un texte rédigé, visé ou promulgué par la puissance publique française. »

Océanie : Req. 20 janvier 1896, Teruhinoiatna Pomaré c. Johanna Marahutaaro Salmon, S.1897.1. 33, décide qu'en reconnaissant la validité du divorce prononcé avant l'annexion entre le roi Pomaré V et la dame Temarü, le tribunal supérieur de Papéete « n'a fait qu'affirmer *souverainement*, sur le fond du droit, sur la compétence des Toohitu et sur les formes de leur juridiction, des coutumes antérieures à l'annexion française, dont il n'appartient pas à la Cour de cassation de contrôler l'application » ; bien que ces coutumes locales dont dépendait l'état civil du prince et de sa première femme, étaient « maintenues en vigueur, ainsi que les juridictions indigènes, chargées de les appliquer entre les habitants, par un décret impérial du 14 janvier 1860, étendant à tous nos établissements en Océanie le régime de l'ordonnance royale du 28 avril 1843 ». Ceci à une époque où l'on décidait que la violation de la loi étrangère donne ouverture à cassation lorsque l'application en était ordonnée par une loi française.

Avant d'en terminer avec la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de lois indigènes, il convient toutefois de noter que cette jurisprudence est approuvée par les auteurs. A la différence de la jurisprudence en matière de lois étrangères, ils s'en consolent parce que chaque colonie ou protectorat ne comporte qu'une seule Cour d'appel, et que l'unité de l'interprétation de la loi indigène est ainsi sauvegardée. Car ils partent de ce que le rôle de la Cour de cassation est d'unifier la jurisprudence.

C'est parfait. Pourtant, lorsque la loi indigène

est promulguée par la puissance publique française, la Cour de cassation déclare en contrôler l'interprétation ; bien que cette promulgation ne lui ait nullement fait dépasser le ressort d'une seule Cour d'appel.

2. JURISPRUDENCE ETRANGERE

Il n'est guère possible d'illustrer la jurisprudence française par la jurisprudence étrangère, car cette jurisprudence étrangère travaille sur des moyens différents. En droit anglais, par exemple, la question de la cassation pour violation de la loi étrangère ne se pose même pas ; d'une part, le fond du droit est coutumier, donc point de législateur dont les ordres seraient violés, et d'autre part, l'organisation judiciaire ne comporte pas de tribunal de cassation, tous les tribunaux supérieurs étant des juridictions d'appel. La solution en droit anglais s'indique nécessairement de ce que la décision du jury ne peut être contestée ; il n'y a donc pas de possibilité d'appel pour violation de la loi étrangère.

D'autant plus est-il remarquable que là où il existe un tribunal supérieur unique pouvant être comparé à notre Cour de cassation, la solution est sensiblement la même ou même appliquée avec plus d'intransigeance que par notre Cour de cassation : la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation. La Cour de cassation belge applique le principe avec bien plus de rigueur que la nôtre, Cass. belge 9 mars 1882, S.1882.4.12 ; 16 mai 1889, Cl.1889,890 ; 23 mai 1889, Cl.1889,891 ; 4 juin 1891, S.1893.4.9 — l'arrêt qui refuse d'appliquer le droit étranger à un acte de procédure à l'étranger (une saisie en Hollande) reste inattaquable, aucun texte de loi belge ne prescrivant l'application du droit hollandais ; 26 novembre 1908, Cl.1909,1178 — la violation des règles non écrites de droit international privé (bien que ce

soient les règles belges) ne peut donner ouverture à cassation ; 18 février 1926, Cl. 1927, 184 — la violation des dispositions d'un Code de procédure étranger ne peut donner ouverture à cassation.

Que la situation soit la même au Monaco qu'en France est évident, Cl. 1885, 669 — l'arrêt rappelle la distinction qui avait également cours en France à cette époque, la violation d'une loi étrangère pourrait donner ouverture à revision lorsqu'elle devient la source d'une contravention à la loi monégasque. Le même principe est proclamé au Chili, très probablement emprunté à la jurisprudence française, Corte suprema 13 décembre 1907, Cl. 1910, 650 — la violation d'une loi étrangère ne donne pas ouverture au recours en cassation, à moins que cette loi n'ait été rendue obligatoire au Chili par un renvoi exprès de la loi chilienne.

Le principe est proclamé absolu en Grèce, Cl. 1898, 966 ; Cl. 1912, 1252 ; en Roumanie, Cour de cassation de Bucarest, 19 avril 1893, Revue 1894, 290 ; 27 mai 1921, Darras 1924, 588 ; aux Pays-Bas, Cl. 1887, 205 ; Cl. 1888, 565 ; Cl. 1902, 177 ; Cl. 1911, 1338 ; en Suisse, Tribunal fédéral, 17 septembre 1892, Cl. 1893, 247 — le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour reviser l'application faite du droit étranger par les tribunaux cantonaux (art. 29, Loi d'organisation judiciaire) ; en Autriche, Cour suprême 4 décembre 1906, Cl. 1908, 866 — cette décision ne cache du reste pas sa position à l'égard du droit étranger :

Les tribunaux autrichiens ont toute liberté pour interpréter une loi étrangère applicable à la contestation dont ils sont saisis. S'agissant notamment de l'interprétation de la loi de Zurich, ils ne sont nullement liés par celle qu'a pu leur fournir officiellement le tribunal supérieur de Zurich.

Le même principe est appliqué en Allemagne, Tribunal de l'Empire, 6 mai 1892, Cl. 1893, 422 ; 1^{er} mars 1901, Cl. 1903, 189 ; 29 mai 1908, S. 1909.4.23.

Il y prend toutefois une forme particulière. L'esprit de la loi allemande est une réglementation exagérée, et ainsi que le disposent divers décrets pour certaines de nos colonies, l'art. 549 du C. proc. allemand tranche la question expressément en prohibant le pourvoi en revision pour violation de la loi étrangère. Mais la réglementation va plus loin. Le droit allemand n'est pas aussi unifié que le droit français, et il l'était encore beaucoup moins avant la promulgation du Code civil. Une loi d'Empire, obligatoire sur toute l'étendue du territoire, donnait évidemment lieu au recours en revision. Mais il en est autrement du droit local en vigueur dans les différents pays. Pour que ce droit local donne ouverture à revision, il faut qu'il soit en vigueur dans le ressort du tribunal d'appel qui a rendu la décision attaquée (art. 511 code proc. all.). Le droit en vigueur dans le ressort d'une autre Cour d'appel est considéré comme droit étranger, Reichsgericht 26 septembre 1883, Cl. 1886, 606. Mais il ne suffit pas que ce droit local soit en vigueur dans le ressort de la Cour d'appel qui a rendu la décision attaquée, il faut qu'il soit encore en vigueur dans le ressort d'une autre Cour d'appel. La loi provinciale dont la sphère d'application ne dépasse pas le territoire d'une seule Cour d'appel ne donne pas lieu à revision, Oberlandesgericht de Bavière, 2 novembre 1889, Cl. 1891, 250. Ces dispositions sont évidemment dictées par le désir d'unifier l'interprétation de la loi provinciale, de réglementer cette loi, car il ne pouvait point s'agir de respecter la volonté du législateur provincial (qui dans la plupart des cas n'existe même pas puisqu'il s'agit d'un droit coutumier), par l'organe du Reichsgericht qui est un tribunal d'Empire.

En ce qui concerne le droit français appliqué en Alsace-Lorraine avant l'introduction du Code civil allemand, ce droit ne dépassait évidemment pas le

ressort d'une Cour d'appel. Mais il s'agissait d'un territoire annexé dont il y avait lieu de traiter les habitants avec ménagements. Et il fut décidé que la loi française en vigueur en Alsace-Lorraine donnerait lieu à revision, parce que le Code Napoléon avait été en vigueur, autrefois, dans d'autres parties de l'Empire, en Bade par exemple lors de l'occupation française, et qu'il importe peu que cette loi n'y soit plus en vigueur, Tribunal de l'Empire, 30 septembre 1892, Cl.1893,598. Le 20 octobre 1892, le Tribunal d'Empire décide que le pourvoi en revision fondé sur la fausse interprétation de la loi française encore en vigueur en Alsace-Lorraine est acceptable, sans qu'il y ait à rechercher si ces règles ont force de loi hors du ressort de l'Oberlandesgericht compétent. Cl.1893,1228. Mais le même droit français, en tant qu'appliqué en France, ne donne point ouverture à revision, Tribunal d'Empire 6 mai 1892, Cl. 1893, 603 ; 27 novembre 1911, S.1912.4.30. Et toute cette construction est fondée sur des textes précis !

Il y a toutefois des cassations, même en Allemagne, mais c'est des cas particuliers. Tribunal de l'Empire, 23 mars 1897, S.1899.4.29, la décision du Tribunal supérieur de Cologne est cassée parce que celui-ci avait écarté l'application de la loi étrangère, par la seule raison que le défendeur ne connaissait pas le sens de cette loi ; mais outre la loi étrangère, il avait également écarté la loi nationale, parce que le défendeur n'était pas en état de prouver que la loi étrangère était d'accord avec la loi nationale. C'est un cas où notre Cour de cassation casserait également, pour vice de forme.

Un autre cas, plus frappant, est celui du droit pénal étranger. Comme l'a déjà dit M. Albéric Rolin (t. I, N° 509), « La jurisprudence allemande n'admet pas le pourvoi pour violation d'une loi civile étrangère, parce que l'art. 11 du Code de proc. civ. ne le

permet que pour violation d'une loi de l'Empire. Elle l'admet parfaitement pour violation d'une loi pénale étrangère, parce que l'art. 13 du Code de procédure pénale l'autorise en termes généraux ». C'est peut-être trop absolu, mais il y a eu des décisions en ce sens. Néanmoins, outre que cette solution reste strictement dans la limite des textes, elle est bien autrement défendable en droit allemand qu'elle ne le serait en France. Alors qu'en France, la preuve de la loi étrangère est fournie par les parties, il y a en Allemagne de nouveau un texte, l'art. 265 Code proc. civ. allemand, qui dispose que le droit étranger n'a besoin d'une preuve qu'autant qu'il est inconnu au tribunal, que le tribunal n'est pas limité aux preuves rapportées par les parties, qu'il est autorisé à faire usage d'autres sources d'information et qu'il peut ordonner le nécessaire à cet effet. Or, si le juge du fond applique d'office les dispositions du droit étranger, il n'y a aucun obstacle à ce que le juge de revision les applique également d'office. Il reste à savoir si ce système serait pratique, s'il serait même praticable en France, mais cet exemple nous aura néanmoins montré qu'on ne saurait tirer de parallèle entre les décisions françaises et étrangères, rendues par des tribunaux dont ni le rôle ni la technique ne concordent, et qui, surtout, sont fondées sur des textes différents.

Il y aurait tout de même deux pays où la loi étrangère donnerait ouverture à cassation : l'Italie et la Russie.

Pour la Russie, il y a tout juste une décision, Sénat dirigeant, 10 avril 1896, Cl. 1897.206 — il s'agissait de la violation de la loi française, appliquée par d'autres tribunaux que ceux de la Pologne où le Code Napoléon est en force.

Il serait bizarre, dit le Sénat dirigeant, que les tribunaux

d'autres parties de l'empire russe, moins compétents pour l'application de la loi française que les tribunaux de l'ancien royaume de Pologne, puissent rendre des décisions définitives dans les cas où les tribunaux plus compétents sur la matière peuvent voir leurs décisions cassées pour violation ou fausse interprétation de la loi étrangère.

C'est déjà une bonne raison de fait. Mais il y a encore le « grand point sur lequel il fallait une déclaration précise », suivant le procureur général, M. le baron Mourre (Champeaux-Grammont, *Rej. Civ.* 13 août 1816, *S.* 1816.1.343) : « C'est qu'en Russie il y a beaucoup de sentences mensongères, dans lesquelles le juge viole les lois de son pays, fait une chose prohibée, sous l'apparence d'une chose licite ». Cette décision russe a donc peu de portée.

En Italie, par contre, il existe une jurisprudence. *Cass. Florence*, 25 avril 1881, *S.* 1884.4.21, cherche encore à justifier son contrôle de l'interprétation de la loi tunisienne (à la suite de la doctrine qui avait alors cours en France), de ce que l'application de la loi étrangère était commandée par un texte de loi italienne, en l'espèce un traité international. Le principe est énoncé d'une façon absolue dans *Cass. Naples*, 26 janvier 1897, *Cl.* 1899, 414, la violation des lois étrangères invoquées dans un jugement d'exequatur est une cause de cassation (il s'agissait de la violation de l'art. 73, Code de proc. civ. français). *Cass. Turin*, 26 mars 1904, *S.* 1907.4.15, explique encore que la violation de la loi étrangère donne ouverture à cassation, parce que le défendeur au pourvoi avait affirmé qu'elle ne donne pas ouverture à cassation, ce qui est significatif. C'est du reste un cas où notre Cour de cassation proteste également. *Cass. Rome* 5 novembre 1909, *Cl.* 1911, 337, casse l'arrêt qui acquitte un bigame par le motif que les dispositions du Coran sont difficiles à connaître. Notre Cour de cassation aurait sans doute également cassé, pour vice de forme ; ce que fait également la

Cour de cassation italienne, qui qualifie la décision de capricieuse, sans faire intervenir la violation du Coran. Enfin, Cass. 26 avril 1924, Cl. 1925, 226, décide que la violation de la loi étrangère constitue un moyen nouveau qui ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. Ce moyen nouveau s'explique lorsque la loi étrangère est considérée comme fait ; il ne s'explique point lorsqu'elle est considérée comme loi, car ce qui distingue la loi du fait n'est que ce critérium tout empirique, que le fait doit être prouvé devant le juge, alors que la loi « se démontre par le raisonnement », n'a besoin d'aucune preuve. Si la Cour de cassation ne connaît pas des faits, c'est uniquement par suite de l'impossibilité matérielle d'administrer une preuve devant elle : mais elle connaît de tout ce qui n'a pas besoin de preuve.

Gardons-nous toutefois d'appliquer ces raisonnements qui dominent la Cour de cassation française, à un tribunal de cassation italien. Outre la constitution différente des tribunaux italiens, l'esprit et la technique différente du droit, cette jurisprudence, qui du reste n'est point aussi fixe qu'on se complaît à le dire, s'explique encore d'une autre façon. L'Italie du siècle dernier était l'un des Etats les plus anarchiques de l'Europe ; formé tard dans le siècle, d'éléments disparates, s'il avait un droit du tout, il ne savait l'enforcer que d'une façon assez précaire. Est-il étonnant que les juges respectassent aussi bien le droit étranger, dont ils reconnaissaient la supériorité, que le leur ? Du reste, il est un fait qu'à mesure que la puissance italienne s'affermirait, cette jurisprudence rétrograda : évidemment, elle est encore là, elle fait partie de la technique italienne, mais il serait intéressant de voir ce que la Cour de cassation italienne décide, *en fait*, en ce qui concerne la violation de la loi étrangère, à l'heure actuelle.

3. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Cette concordance frappante de la jurisprudence étrangère qui refuse la cassation à la loi étrangère d'une façon on peut dire unanime, concordance d'autant plus surprenante que les différents pays ont organisé leurs tribunaux supérieurs d'une façon assez diverse, elle nous montre pourtant une chose : si la construction de notre Cour de cassation, qui traite la loi étrangère en fait, est commandée par l'organisation positive de cette Cour, cette construction n'en cesse pas moins être celle appropriée à la nature de la chose, et même la seule adéquate, car partout dans le monde où il existe un tribunal suprême qui limite sa compétence à l'examen du droit, il ne peut ni ne veut examiner la loi étrangère.

Cette concordance de la jurisprudence étrangère entraîne la question également sur un autre terrain ; elle fait d'une question qu'on pourrait qualifier de question de procédure devant notre Cour de cassation, une véritable question de droit international. Le droit international privé, en faisant abstraction de la condition des étrangers, souverainement déterminée par la loi intérieure, se résoud en la question du conflit des lois. Or, il appert que le conflit des lois n'est autre chose que la loi interne, aux prises avec les faits matériels dont fait partie la loi étrangère.

Ceci étant, ne convient-il pas mieux, au lieu de critiquer la jurisprudence qui ne cadre pas avec le conflit des lois, d'examiner le conflit des lois en tant qu'il ne cadre pas avec la jurisprudence ?

Ce conflit des lois, bien qu'on lui réclame les honneurs du haut moyen âge (où, au plus, il n'était question que de droit interprovincial), est création des auteurs modernes. Il est employé par la jurisprudence, parce que le Code n'a pas réglementé la condition des étrangers. Le Code ne contient pas de dispositions concernant la personne des étrangers, il ne contient pas de dispositions concernant les choses étrangères, il ne contient pas de dispositions concernant les actes à l'étranger (excepté quelques actes solennels concernant les Français). Les étrangers étaient donc hors la loi ; la loi française ne leur était pas applicable, mais moins encore la loi étrangère. Et jusqu'en 1841, le conseiller rapporteur Lasagni pouvait soutenir devant la Cour de cassation que la violation de la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation, *parce que la loi étrangère n'est pas obligatoire* :

Oui, *extra territorium jus dicendi impune non paretur* (Loi dern. ff. de jurisdictione) : c'est le principe protecteur de la souveraineté territoriale. Oui encore si (sans même en excepter les lois romaines) il n'y a pas du côté de la loi invoquée le *droit de commander*, il ne peut y avoir de l'autre côté le *devoir d'obéir* : donc, point de violation punissable, point de moyen de cassation. (Req. 20 décembre 1841, S. 1842.1.321).

Néanmoins, il existe des étrangers, ou choses, ou actes à l'étranger, dont il fallait déterminer la condition devant la loi française ; là intervenait le conflit des lois. Le conflit des lois était le moyen technique de la jurisprudence pour déterminer une condition des étrangers dont la loi n'avait pas parlé.

Comparons notre système avec celui du droit romain. L'antiquité ne connaissait pas le conflit des lois, elle réglait tout le droit international privé par la condition des étrangers. La loi antique avait quelque chose de tranché, concret, immuable, qu'on ne saurait mieux dire que fait matériel. Cette loi subs-

tantielle réglementait nettement la condition des étrangers ; elle n'avait que faire du conflit des lois qu'elle n'aurait même pu concevoir. Nous, au contraire, nous réglons tout le droit international privé par le conflit des lois, et tâchons d'écarter autant que possible la condition des étrangers. Certes, il y a des dispositions relatives à la condition des étrangers dans nos lois, mais elles sont peu fréquentes, et sur tout, elles sont très maladroites. Car elles sont trop rigides, s'appliquant pareillement à tous les étrangers, et presque toutes il a fallu les atténuer, par la jurisprudence, par des dispositions ou mesures exceptionnelles, ou les remanier de fond en comble. Combien plus souple est la technique du conflit des lois ! Là on peut traiter chaque genre d'étrangers, et même chaque cas particulier, d'une façon différente. De plus, cette conception du conflit des lois s'accorde parfaitement avec notre façon de considérer les lois, que nous imaginons non comme faits concrets, mais comme règles abstraites, détachées des réalités qu'elles régissent ; que nous considérons non comme règles rigides, mais comme règles toutes relatives et flexibles.

Mais admettant que le conflit des lois ne soit qu'un moyen technique de la jurisprudence (et en effet, il ne saurait guère être autre chose ; la jurisprudence, n'ayant à décider que de cas concrets, ne se souciera point d'un conflit de règles abstraites, qu'elle utilisera pourtant pour déterminer une question pratique et concrète, la condition des étrangers), en admettant le moyen technique, on est néanmoins tout naturellement porté à se demander : quel est le droit que la jurisprudence réalise par son moyen technique. Et nous nous trouvons devant la réponse déconcertante que ce droit n'existe pas ; ou du moins, qu'il ne saurait être dégagé des faits.

C'était à bon escient que le Code ne décida rien

quant à la condition des étrangers ; le Code ne devait contenir que le droit, qui était imaginé comme règle abstraite, s'appliquant à des sujets de droit abstraits, qui nécessairement devaient être considérés comme *égaux en droits*. Car entre personnes inégales, peut-on concevoir une règle de droit, qui ne pourrait être qu'une règle imposée par l'une à l'autre, règle souverainement inutile, car avec elle comme sans elle, les choses se passeront de la même façon. Nous sourions en nous souvenant qu'au moyen-âge, on intentait des procès aux animaux (à vrai dire criminels et non civils), mais nous voudrions néanmoins établir une règle de droit unique, régissant et Français et étrangers, par définition différents des Français.

Faisons encore appel au droit romain, en comparant le système romain avec le nôtre nous saisirons mieux le caractère de l'un et de l'autre. Le droit romain réglementait tout le droit international par la condition des étrangers, mais il le réglementait en déclarant les hostes hors la loi et en imposant aux pérégrins une certaine condition, très variée suivant les peuples, non seulement à cause du caractère différent des peuples soumis, mais aussi et surtout en raison de considérations politiques. Cette condition qui était faite aux pérégrins par la loi romaine n'avait en vue que les rapports entre pérégrins et Romains, sans s'occuper des rapports des pérégrins entre eux, qui étaient regardés avec indifférence tant qu'ils ne présentaient pas d'intérêt pour la chose publique romaine.

Passons au droit moderne. Nous n'osons pas mettre les étrangers hors la loi, nous n'osons même pas leur imposer une condition, et lorsque à certains égards la loi tâche de limiter leurs droits, ce n'est qu'avec une grande timidité et dans la crainte constante des représailles, car dans la plupart des cas, les étrangers n'appartiennent pas à des nations sou-

mises. Et rendons-nous compte de la tâche immense et ingrate qu'attendrait la loi si celle-ci voulait se mêler à fixer la condition des étrangers : Il ne suffirait pas de fixer la condition des étrangers, il faudrait fixer la condition de chaque nation ; car en fait, il est évident que le traitement accordé aux différentes nations — ne comparons que les Belges, les Allemands, les Américains — ne sera pas le même. Découragée, la loi française a pris le parti sage de ne rien décider du tout, et elle s'occupe des étrangers de la façon la plus adroite — sans s'occuper d'eux. Car de ce que la loi française n'a rien décidé quant à la condition des étrangers, il s'ensuit qu'elle considérera cette question comme question de fait, qu'elle décidera selon les faits de la cause, parmi lesquels il entre également la loi étrangère. Inutile d'ajouter qu'elle décidera ces faits d'après ses propres vues, car c'est elle qui décide, et non le fait, la loi étrangère.

Si nos tribunaux appliquent donc la loi étrangère, ce n'est pas par déférence à une règle abstraite, à la volonté du législateur étranger, qu'il s'agirait plutôt de déjouer ; ce n'est pas pour faire régner la justice, dont il n'y a pas de mesure à l'égard des étrangers ; c'est uniquement pour déterminer la condition des étrangers qui n'a pas suffisamment été réglementée par nos textes de loi. Quant à la justice, où la chercher dans l'application des lois étrangères ; qui dans la plupart des cas, ne sont appliquées que pour refuser aux étrangers une faculté que la loi française — serait-elle injuste ? — accorde aux Français.

Si nous nous sommes rendus compte que la loi étrangère n'est pas un but mais rien qu'un moyen, nous comprendrons également une autre solution de la jurisprudence : que celle-ci n'est point tenue de l'interprétation donnée dans le pays étranger,

mais interprète la loi étrangère d'après ses propres lumières. Non seulement, comme on l'a dit très justement, il y a impossibilité pour un tribunal d'appliquer un autre droit que le sien, la loi étrangère n'étant pas réductible à la loi française, mais surtout, il ne s'agit point d'appliquer, respecter le droit étranger, il s'agit de s'en servir, pour déterminer la condition des étrangers.

Ceci étant pour la loi étrangère, qu'advient-il du droit international privé ? Il faudrait d'abord se rendre compte de ce que c'est que le droit international privé. On a voulu en faire des règles préexistantes, s'imposant au droit des peuples, ou droit superposé au droit national (M. Jitta). Personne, en France du moins, ne le soutient plus ; c'est l'abdication de la souveraineté nationale au profit d'un droit que personne n'a pu prouver, mais que chacun peut arranger à sa fantaisie. Mais M. Weiss encore définit le droit international privé comme l'ensemble des règles pratiquées habituellement entre les Etats, avec appréciation de ces règles au point de vue du droit naturel (Weiss, Manuel, p. III). Que faisons-nous du droit naturel, qui est une des conceptions qui harmonisait parfaitement avec les conceptions fixes et concrètes du droit romain, mais qui s'accorde fort mal avec les notions tout relatives sur lesquelles nous nous sommes habitués à raisonner depuis. Il ne reste donc du droit international privé que les règles pratiquées entre les Etats, qui en pratique reviennent au conflit des lois. Aussi avons-nous fait du conflit des lois la partie essentielle du droit international privé.

Mais rendons-nous compte que le conflit des lois n'est pas un droit, ce n'est qu'une technique, une technique mise au service du droit national, pour servir les fins du droit national. Le droit international privé n'est donc pas un compromis entre di-

verses lois et souverainetés, comme on a l'habitude de le dire, le droit international privé n'existe tout simplement pas. Et ce que nous sommes convenus de nommer le droit international privé n'est simplement que les dispositions du droit national concernant la condition des étrangers — ces étrangers étant personnes, choses et actes.

Cette conception du droit international privé nous aidera du reste à comprendre pourquoi on n'est pas parvenu à unifier le droit international privé, et pourquoi on n'y parviendra jamais. Car à quoi servirait-il d'unifier la technique, serait-il même possible d'unifier la technique, alors que le fond du droit reste différent ? Là où on est parvenu à unifier les règles du conflit des lois, c'est dans les Etats de l'union nord-américaine, où le droit présente moins des différences essentielles, des différences de conception, que des différences de détail, des différences pour ainsi dire numériques. Mais outre le fond du droit, il faudrait avoir unifié chose beaucoup plus importante, il faudrait avoir unifié le but du droit, car une technique, même unifiée, reste toujours un instrument, qui peut servir des fins diverses. Toutefois, en unifiant le fond du droit et le but du droit, ne vous rendez-vous pas compte que vous réunissez deux Etats en un seul, même si nommément ils resteraient séparés ? On peut arriver à unifier les règles du droit privé interprovincial ; on ne peut arriver à unifier les règles du droit international privé qu'en réunissant les Etats, ce qui est supprimer le droit international privé.

Regardons toutefois le côté pratique de la question. Le droit international privé a pour but, dit-on, de réglementer, assurer la sécurité, favoriser le commerce international. Sans doute, en une certaine mesure, bien que le commerce international dépende encore de bien d'autres facteurs, notamment des marchandises susceptibles d'être échangées entre deux

pays. Mais là encore, nous voyons la différence entre le fond du droit et la technique. Que servirait-il le droit international privé de travailler constamment sur la technique du conflit des lois, qui est déjà tellement affinée qu'elle peut servir indifféremment les solutions contraires ? Rapprochons-en par contre l'action immédiate sur le commerce international d'une disposition concernant la condition des étrangers, ne serait-ce qu'une loi d'immigration, ou même de simples difficultés administratives ? Quant aux choses, les droits de douane, quant aux actes, des droits d'enregistrement, n'auront-ils pas une répercussion beaucoup plus vive sur le commerce international que les constructions les plus ingénieuses du conflit des lois ?

Il reste un autre point à signaler. Alors que parfois on est arrivé à s'entendre sur certaines règles du conflit des lois — voir les conventions de la Haye, qui cependant ne laissaient pas d'être gênantes — on n'est jamais arrivé à s'entendre sur la condition des étrangers, nous n'avons qu'à rappeler l'échec de la Conférence sur le traitement des étrangers qui vient d'être tenue à Paris. Aussi nous rendons-nous compte que le droit international privé n'est pas fait pour favoriser le commerce international. S'il sert parfois à assurer la sécurité, et même à préparer le chemin au commerce international, en d'autres occasions, et plus nombreuses peut-être, il ne sert qu'à refouler, qu'à limiter et à restreindre le commerce international. Car le droit n'est pas toujours intéressé à favoriser le commerce international, en nombreuses circonstances, au contraire, il convient d'y mettre un frein. Et si nous ne raisonnons pas en marchands, nous nous rendons bien compte que le commerce international n'est pas le dernier bien.

En tout cas, le droit international privé n'a pas été fait pour assurer la sécurité du commerce international ; ce n'est du reste jamais le droit qui forme

les faits, mais les faits qui forment le droit. Le droit international est né de ce que le droit national s'est trouvé en présence d'étrangers, et les dispositions du droit national concernant la condition des étrangers (tant personnes que choses et actes) forment le droit international privé. C'est là même la définition du droit international privé, dans laquelle toutefois il reste un élément incertain ; car nous ne saurions dire ce qui est le droit.

Vu : *Le Doyen de la Faculté.*

H. BERTHÉLEMY.

Vu : *Le Président de Thèse,*

J. DE LA MORANDIÈRE

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY.

AUTEURS CITÉS

- A. APPERT. — Du rôle de la Cour de cassation dans l'application des lois étrangères, *Revue de droit international privé et de droit pénal international* (Darras), 1913, p. 338.
- T. M. D. ASSER (Alphonse RIVIÈRE). — *Éléments de droit international privé*, Paris 1884.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 10 vol., 5^e éd., Paris 1897/1918.
- L. von BAR. — *Traité théorique et pratique de droit international privé* (trad. Jacques Hatt), Paris 1914.
- Etienne BARTIN. — *Études de droit international privé*, Paris, 1899
— *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris 1930.
- Ch. BEUDANT. — *Le droit individuel et l'État*, 2^e éd., Paris 1891.
- Jean BOCQUEL. — *De l'office du juge en matière d'application des lois étrangères d'après la jurisprudence française*, thèse, Nancy 1923.
- Julien BONNECASE. — *Science du Droit et Romantisme*, Paris 1928.
- Charles BROCHER. — *Cours de droit international privé*, 2 vol., Paris-Genève, 1882.
- Emile CHENON. — *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris 1882.
- A. COLIN. — Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère, *Journal de droit international privé* (Clunet), 1890, p. 406/794.
- T. CREPON. — Du pourvoi en cassation en matière civile, 3 vol., Paris 1892.
- Paul CUCHE. — *Précis de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., Paris (Dalloz), 1926.

- A. DARRAS. — De la connaissance, de l'application et de la preuve des lois étrangères, *Journal de droit international privé* (Clunet), 1901, 209/442/672.
- Charles DEMANGEAT. — Introduction, *Journal de droit international privé* (Clunet), 1874, p. 7.
- Frantz DESPAGNET. — Précis de droit international privé, 5^e éd., (Ch. de Boeck), Paris 1909.
- Ernest FAYE. — La Cour de cassation, Paris, 1903.
- FÉRAUD-GIRAUD. — Des recours en cassation pour violation d'une loi étrangère, *Revue de droit international privé et de droit public international*, 1992, p. 233.
- Georges FLAISCHEN. — Revue de la jurisprudence roumaine en matière de droit international, *Revue de droit international privé et de droit public international*, 1894, p. 288.
- M. FOELIX (Charles Demangeat). — Traité du droit international privé, 2 vol., Paris 1866.
- E. GARSONNET (Ch. César-Bru). — Précis de procédure civile, 9^e éd., Paris 1923.
- François GENY. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris 1899.
- F. GLASSON. — Précis théorique et pratique de procédure civile, 2 vol.; 2^e éd., Paris 1908.
- F. LAURENT. — Droit civil international, 8 vol., Paris-Bruxelles, 1880/82.
- Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — Précis de droit international privé, Paris (Dalloz), 1928.
- Henri LEVY-ULLMANN. — Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. I. La définition du droit, Paris, 1917.
- Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT. — Traité de droit commercial, 4^e éd., 9 vol., Paris 1906/16.
- Gabriel MARTY. — La distinction du fait et du droit, Paris 1929.
- Gaston MICHAËL. — Le rôle du juge dans l'application des lois étrangères, thèse, Paris 1907.
- Gaston MORIN. — La révolte des faits contre le Code, Paris 1920.
- La loi et le contrat, Paris 1927.

- P. DE PAEPE. — Etudes de compétence civile à l'égard des étrangers, 2 vol., Bruxelles-Paris, 1900.
- Antoine PILLET. — Principes de droit international privé, Paris, 1903.
- Traité de droit international privé, 2 vol., Paris 1923-24.
- A. PILLET et J.-P. NIBOYET. — Manuel de droit international privé. Paris 1924.
- P. POULLET, — Manuel de droit international belge, Louvain-Paris, 1925.
- Georges RENARD. — Le droit, la justice et la volonté, Paris 1924.
- Le droit, la logique et le bon sens. Paris 1925.
- Le droit, l'ordre et la raison, Paris 1927.
- La valeur de la loi, Paris 1928.
- G. RIPERT. — La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1925.
- Augustin ROGERY. — Du recours en cassation pour non-application ou violation de la loi étrangère, thèse, Paris 1910.
- Albéric ROLIN. — Principes du droit international privé, 2 vol., Paris 1897.
- F. SURVILLE. — Cours élémentaire de droit international privé, 7^e éd., Paris 1925.
- Jules VALÉRY. — Manuel de droit international privé, Paris 1914.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES. — Synthèse du droit international privé, 2 vol., Paris.
- André WEISS. — Manuel de droit international privé, 9^e éd., Paris 1925.
- Traité théorique et pratique de droit international privé, 5 vol., 2^e éd., Paris 1907/12.

ABREVIATIONS

Devill. — Devilleneuve.

S. — Sirey.

D. — Dalloz.

Cl. — Journal de droit international privé (Clunet).

Darras. — Revue de droit international privé et de droit pénal international.

Revue. — Revue de droit international privé et de droit public international.

IMPRIMERIE DES « PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE », PARIS

